

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La competencia de la Corte Penal Internacional respecto de
nacionales de Estados no Partes en el Estatuto de Roma**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Yoveslav Radoslavov Yordanov

Directora

Ana Gemma López Martín

Madrid

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL,

ECLESIAÍSTICO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO



TESIS DOCTORAL

**LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
RESPECTO DE NACIONALES DE ESTADOS NO PARTES
EN EL ESTATUTO DE ROMA**

YOVESLAV RADOSLAVOV YORDANOV

Directora

ANA GEMMA LÓPEZ MARTÍN

MADRID, 2019

A la memoria de mi padre Radoslav, a quien todo debo.

A mi madre Silvia, por estar siempre a mi lado.

“There can be no peace without justice, no justice without law and no meaningful law without a Court to decide what is just and lawful under any given circumstance.”

— Benjamin FERENCZ —

“This cause ... is the cause of all humanity.”

— Kofi ANNAN —

ÍNDICE

RESUMEN.....	17
ABSTRACT	19
ABREVIATURAS	21
INTRODUCCIÓN	25
I. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	25
II. ESTRUCTURA DEL TRABAJO.....	30
III. METODOLOGÍA	33
IV. FUENTES DE CONOCIMIENTO.....	36

PRIMERA PARTE

CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I	45
LOS CRITERIOS QUE FUNDAMENTAN LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ESTABLECIDOS EN EL ESTATUTO DE ROMA DE 1998	
I. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN COMPETENCIAL ESTABLECIDO POR EL ESTATUTO DE ROMA	46
II. LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA DE LA CORTE.....	50
2.1. La competencia material o <i>ratione materiae</i> de la Corte: los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto	51
2.1.1. Los crímenes internacionales según el Derecho Internacional.....	58
2.1.2. El crimen de genocidio.....	65
2.1.3. Los crímenes de lesa humanidad	72
2.1.4. Los crímenes de guerra	81
2.1.5. El crimen de agresión	89

2.2.	La competencia personal o <i>ratione personae</i> de la Corte.....	106
2.3.	La competencia temporal o <i>ratione temporis</i> de la Corte.....	111
2.4.	La competencia territorial o <i>ratione loci</i> de la Corte	119
III.	LOS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD DE LA CAUSA CRIMINIS	125
3.1.	Las <i>cuestiones de admisibilidad</i> de un asunto ante la Corte: la indisposición o incapacidad del Estado con jurisdicción de llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento	125
3.2.	Las <i>decisiones preliminares</i> relativas a la admisibilidad del asunto..	138
IV.	LOS MODOS DE EJERCICIO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	139
4.1.	El ejercicio de la competencia por iniciativa de un Estado o grupo de Estados Partes: la remisión de Venezuela	142
4.2.	El ejercicio de la competencia por iniciativa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas	145
4.3.	El ejercicio de la competencia por iniciativa del Fiscal.....	147
CAPÍTULO II.....		153
LA IMPROCEDENCIA DEL CARGO OFICIAL A LOS EFECTOS DE DETERMINAR LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL		
I.	EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IRRELEVANCIA DEL CARÁCTER OFICIAL	154
1.1.	La cuestión de la inmunidad de jurisdicción y su tratamiento jurídico	154
1.2.	La irrelevancia del cargo oficial con respecto a la responsabilidad penal individual ante los tribunales penales internacionales	168
II.	EL PRINCIPIO DE «IMPROCEDENCIA DEL CARGO OFICIAL» Y EL ARTÍCULO 27 DEL ESTATUTO DE ROMA	174
2.1.	La creación e introducción del artículo 27 en el Estatuto de Roma	174
2.2.	Análisis e interpretación teleológica de los elementos del artículo 27 del Estatuto de Roma.....	180
2.2.1.	<i>El significado corriente del párrafo primero del artículo 27.....</i>	180
2.2.1.1.	Las personas que no pueden reivindicar su cargo oficial ante la Corte Penal Internacional	188
2.2.1.2.	La consideración del cargo oficial como posible circunstancia modificativa de la responsabilidad penal	195

2.2.2.	<i>El significado corriente del párrafo segundo del artículo 27: la renuncia a la inmunidad jurisdiccional como principio rector en el Estatuto de Roma y como norma convencional</i>	197
2.3.	El artículo 27.2 del Estatuto de Roma como expresión del Derecho Internacional consuetudinario	205
2.4.	Las inmunidades jurisdiccionales y las normas de procedimiento especiales con arreglo al derecho interno.....	225

SEGUNDA PARTE

LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL RESPECTO DE NACIONALES DE ESTADOS TERCEROS ACTIVADA POR ESTADOS PARTES DEL ESTATUTO O POR EL FISCAL

CAPÍTULO III	235
LA REMISIÓN A LA CORTE DE CRÍMENES PERPETRADOS POR NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO PARTE DEL ESTATUTO	
I. EL VÍNCULO TERRITORIAL COMO PRECONDICIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE	236
II. BASE JURÍDICA Y CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE TERRITORIO PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA <i>RATIONE LOCI</i> SOBRE LOS NACIONALES DE ESTADOS NO PARTES.....	240
2.1. Aproximación comparativa al contenido del artículo 12.2, letra a), del Estatuto de Roma y su precursor en el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional	240
2.2. La soberanía estatal y la concepción jurídico-penal de territorio donde «haya tenido lugar la conducta de que se trate»	248
2.3. La aplicación del artículo 12.2 a) en la práctica judicial de la Corte Penal Internacional	260
2.3.1. <i>La situación de Afganistán ante la Corte Penal Internacional</i>	260
2.3.2. <i>La situación de Bangladesh/Myanmar ante la Corte Penal Internacional</i>	273
2.3.3. <i>La situación de Palestina ante la Corte Penal Internacional</i>	280
III. LA DELEGACIÓN DEL <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: SU Oponibilidad A LOS ESTADOS NO PARTES Y LA NO INJERENCIA EN LOS ASUNTOS INTERNOS DEL ESTADO PARTE TERRITORIAL	285

IV. LAS LIMITACIONES A LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DE LA CORTE SOBRE LOS NACIONALES DE ESTADOS NO PARTES.....	298
4.1. La inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado de la nacionalidad [del acusado del crimen].....	299
4.2. Los acuerdos del artículo 98.2 del Estatuto de Roma: los Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas Armadas Extranjeras.....	302
4.3. La suspensión del procedimiento por el Consejo de Seguridad <i>ex</i> artículo 16 del Estatuto de Roma.....	316
4.4. El principio de complementariedad como límite a la jurisdicción territorial de la Corte	325
4.5. La concurrencia de solicitudes de extradición sobre el acusado del crimen planteadas al Estado donde haya tenido lugar la conducta	327
 CAPÍTULO IV	 331
LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL RESPECTO DE UN PROCEDIMIENTO <i>SUB IUDICE</i> EN CASOS DE DENUNCIA DEL ESTATUTO DE ROMA	
I. EL ESTATUTO DE ROMA COMO TRATADO INTERNACIONAL SUJETO A DENUNCIA	332
1.1. La denuncia de un tratado y el régimen jurídico contenido en el Derecho de los Tratados.....	332
1.2. La denuncia del Estatuto de Roma por un Estado Parte en él	346
1.3. La personalidad jurídica de la Corte a los efectos de denunciar el Estatuto de Roma	352
II. EL ACTO DE DENUNCIA PRESENTADO POR UN ESTADO PARTE: LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 127 DEL ESTATUTO DE ROMA RESPECTO DE UN PROCEDIMIENTO <i>SUB IUDICE</i>	356
2.1. La notificación de la denuncia del Estatuto mediante <i>instrumento de denuncia</i>	359
2.2. La notificación de la denuncia mediante <i>enmienda</i> al Estatuto de Roma	364
III. LOS EFECTOS JURÍDICOS PRODUCIDOS POR LA PRESENTACIÓN DE LA DENUNCIA DEL ESTATUTO SOBRE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE	365
3.1. Los derechos y las obligaciones derivados del acto de denuncia del Estatuto de Roma para el Estado Parte denunciante.....	365
3.2. Los efectos jurídicos producidos por la denuncia del Estatuto de Roma respecto de un procedimiento <i>sub iudice</i> : la continuidad de la actividad jurisdiccional de la Corte.....	371

IV. LOS ESTADOS ‘PARTES’ QUE HAN PRESENTADO SU DENUNCIA DEL ESTATUTO DE ROMA EX ARTÍCULO 127.....	376
4.1. Burundi.....	378
4.2. Gambia.....	383
4.3. Sudáfrica.....	385
4.4. Filipinas	391

TERCERA PARTE

LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON ESTADOS NO PARTES DEL ESTATUTO POR REMISIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

CAPÍTULO V	397
LAS REMISIONES A LA CORTE POR PARTE DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA DE NACIONES UNIDAS COMO MARCO JURÍDICO DE LEGITIMACIÓN	
I. EL MARCO GENERAL SOBRE LA REMISIÓN DE SITUACIONES EX ARTÍCULO 13 B) DEL ESTATUTO DE ROMA	398
II. LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD CONFORME AL PROYECTO DE ESTATUTO COMO RÉGIMEN PRECURSOR AL ACTUAL ARTÍCULO 13 B).....	401
III. EL ARTÍCULO 13 B) DEL ESTATUTO DE ROMA Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS REMISIONES.....	407
3.1. El significado del término «situación»	411
3.2. Criterios <i>materiales</i> de la situación remitida a la Corte.....	414
3.3. Criterios <i>territoriales</i> de la situación remitida a la Corte.....	416
3.4. Criterios <i>temporales</i> de la situación remitida a la Corte	419
3.5. Criterios <i>personales</i> de la situación remitida a la Corte.....	424
IV. EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS: LAS COMPETENCIAS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN CASO DE UNA AMENAZA A LA PAZ, UN QUEBRANTAMIENTO DE LA PAZ O UN ACTO DE AGRESIÓN	427
4.1. Los poderes del Consejo de Seguridad establecidos en la Carta de las Naciones Unidas	429

4.2.	La creación de tribunales penales internacionales <i>ex</i> artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas y la remisión de situaciones a la Corte Penal Internacional <i>ex</i> artículo 13 b) del Estatuto de Roma.....	442
4.3.	El fundamento jurídico del poder de remisión. La obligatoriedad jurídica de las decisiones de remisión <i>ex</i> Capítulo VII de la Carta.....	447
4.4.	El procedimiento de adopción de las decisiones del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta. El «derecho de veto» y la legalidad internacional.....	451
4.5.	El alcance de los poderes del Consejo de Seguridad en virtud del artículo 39 de la Carta.....	456
4.6.	La creación de un sistema de <i>justicia universal</i>	462
4.7.	Las consecuencias de la remisión <i>ex</i> Capítulo VII de la Carta para la Corte y el Estado no Parte del Estatuto de Roma y Miembro de las Naciones Unidas	464
4.8.	La retirada [involuntaria] de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios de un Estado no Parte del Estatuto de Roma en caso de remisión por el Consejo de Seguridad.....	469
4.9.	Los límites a la acción del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta impuestos por la invocación del «derecho de veto» de sus Miembros Permanentes. El «veto» como obstáculo para activar la jurisdicción de la Corte	480
V. LOS LÍMITES A LOS PODERES COERCITIVOS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD ESTABLECIDOS EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS		488
5.1.	El principio de los poderes limitados en el marco de la Carta.....	489
5.2.	Los <i>Propósitos</i> y los <i>Principios</i> de la Carta de las Naciones Unidas como límites a los poderes coercitivos del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII.....	491
5.3.	Las normas imperativas o <i>ius cogens</i> como límites al ejercicio de las prerrogativas del Capítulo VII de la Carta.....	494
5.4.	El principio de proporcionalidad respecto de la acción coercitiva del Consejo de Seguridad.....	497
CAPÍTULO VI		501
LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REMISIÓN POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD RESPECTO DE ESTADOS NO PARTES DEL ESTATUTO DE ROMA Y MIEMBROS DE LAS NACIONES UNIDAS		
I. LOS PRINCIPIOS Y REGLAS DEL DERECHO DE LOS TRATADOS A CONSIDERAR EN LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL		502

1.1.	El principio <i>pacta sunt servanda</i>	502
1.2.	El principio <i>pacta tertiis nec nocent nec prosunt</i>	508
1.2.1.	<i>Excepciones al principio pacta tertiis nec nocent nec prosunt. Los tratados que establecen regímenes objetivos</i>	515
1.2.2.	<i>La posición de la Corte Penal Internacional sobre el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La aplicabilidad del Estatuto de Roma hacia los Estados no Partes</i>	521
II.	EL ARTÍCULO 103 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS Y SU SUPERIORIDAD JERÁRQUICA	530
2.1.	Antecedentes. El artículo 20 del Pacto de la Sociedad de Naciones.....	531
2.2.	El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Su naturaleza jurídica	533
2.3.	El ámbito de aplicación material del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas	541
2.3.1.	<i>Las obligaciones contraídas en virtud de la Carta y las demás obligaciones 'convencionales' de Derecho Internacional: relaciones y supuestos de conflictividad</i>	542
2.3.2.	<i>Las obligaciones contraídas en virtud de la Carta frente a las obligaciones 'consuetudinarias' de Derecho Internacional</i>	553
2.4.	Efectos jurídicos y funcionamiento del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas: consecuencias jurídicas de su superioridad jerárquica sobre el resto del ordenamiento jurídico internacional	556
III.	LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 103 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS EN LOS SUPUESTOS DE REMISIÓN POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD	558
3.1.	La relación de conflicto generada a causa de una remisión por el Consejo de Seguridad a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional.....	558
3.2.	La operatividad jurídica del artículo 103 de la Carta en los casos de remisión del Consejo de Seguridad.....	565
	CONCLUSIONES	575

ANEXOS

I. BIBLIOGRAFÍA	592
1. LIBROS Y MONOGRAFÍAS.....	592
2. CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS	605
3. ARTÍCULOS EN REVISTAS CIENTÍFICAS ESPECIALIZADAS	627
II. JURISPRUDENCIA.....	655
1. INTERNACIONAL.....	655
1.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	655
1.2. Corte Internacional de Justicia	655
1.3. Corte Penal Internacional.....	657
1.4. Corte Permanente de Arbitraje	664
1.5. Corte Permanente de Justicia Internacional	664
1.6. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	664
1.7. Tribunal Especial para Sierra Leona.....	665
1.8. Tribunal Militar Internacional de Núremberg.....	665
1.9. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia	665
1.10. Tribunal Penal Internacional para Ruanda	666
2. NACIONAL.....	667
III. LEGISLACIÓN NACIONAL.....	671
IV. TRATADOS INTERNACIONALES CITADOS	675
V. RESOLUCIONES DE NACIONES UNIDAS.....	679
5.1. Resoluciones del Consejo de Seguridad	679
5.2. Resoluciones de la Asamblea General	681
VI. DOCUMENTACIÓN.....	685
6.1. Comisión de Derecho Internacional.....	685
6.2. Consejo de Europa	689
6.3. Corte Penal Internacional.....	689
6.4. Organización de las Naciones Unidas	692
6.5. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.....	695
6.6. Organización Internacional del Trabajo	695
6.7. Unión Africana	696
6.8. Unión Europea.....	697
6.9. Otros documentos	697

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el estudio integral de la competencia de la Corte Penal Internacional en el sentido predeterminado por el Estatuto de Roma, lo cual se lleva a cabo a partir de los criterios jurisdiccionales que definen una situación concreta con base en su dimensión material, personal, temporal y espacial. Para tal fin, esta tesis doctoral se divide en seis capítulos, de manera que cada uno de ellos responde a una pregunta de investigación concreta.

Así, en primer lugar, teniendo en cuenta que la competencia general de la Corte es una cuestión preliminar a cualquiera de los mecanismos para su ejercicio efectivo, el Capítulo I responde a la doble pregunta de sobre qué crímenes y cómo puede activarse la jurisdicción de aquélla, además de considerar la definición de crimen internacional en relación con los crímenes que constituyen la competencia material de la Corte con arreglo al Estatuto de Roma.

El Capítulo II examina la cuestión de la improcedencia del cargo oficial de una persona como una cuestión procesal que se ha de tomar en consideración en el momento de determinar la competencia de la Corte. A tal respecto, se analizan las inmunidades de jurisdicción desde una doble perspectiva personal y material, tanto en el ámbito del Derecho Internacional, como en la esfera estrictamente del derecho interno de cada Estado, con el fin de decidir sobre su oponibilidad frente a la Corte.

Por su parte, el Capítulo III se centra, de una manera más pronunciada, en un aspecto particular de la competencia de la Corte, como es la territorialidad de la conducta criminal, con el objeto de responder a la pregunta de si el Estatuto de Roma resulta de aplicación a las situaciones en las que el responsable del crimen o crímenes sea un individuo nacional de un Estado no Parte en este instrumento.

El Capítulo IV responde a la pregunta de ¿cuáles son las consecuencias de la denuncia del Estatuto de Roma por un Estado Parte en él sobre la competencia de la Corte respecto de un procedimiento que se encuentra *sub iudice*? Semejante cuestión se presenta como una realidad inseparable del tratamiento jurisdiccional

de la competencia general, cuando detrás del acto de denuncia traslucen intereses de política criminal que se alejan diametralmente de los propósitos buscados por el Estatuto de Roma; poner fin a la impunidad de los autores de dichos crímenes.

A su vez, el Capítulo V considera las remisiones del Consejo de Seguridad, como complemento a los otros dos mecanismos de activación de la competencia de la Corte, dando cobertura a las particularidades intrínsecas a este mecanismo. Para tal fin, se han analizado los preceptos relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, donde se sitúa el fundamento jurídico de estas remisiones, y se ha puesto la atención en el derecho de veto como límite a la acción del Consejo de Seguridad en casos de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos.

Por último, relacionado con las remisiones del Consejo de Seguridad y los problemas que pueden plantear en relación con un Estado no Parte en el Estatuto, aunque Miembro de las Naciones Unidas, siendo el destinatario de la resolución, se ha examinado la aplicación de ciertos principios que informan la situación de los Estados terceros respecto de un tratado internacional desde la perspectiva del Derecho de los Tratados, para después exponer las disposiciones del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como una norma de conflicto que hace posible resolver la incompatibilidad entre obligaciones jurídicas concurrentes.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation research is to study the jurisdiction of the International Criminal Court in the way established by the Rome Statute, which is carried out from the jurisdictional criteria that define a specific situation based on its material, personal, temporal and spatial dimension. For that, this doctoral thesis is divided into six chapters, so that each of them answers a specific research question.

Thus, in the first place, taking into account that the general jurisdiction of the Court is a preliminary question to any of the trigger mechanisms allowing for its effective exercise, Chapter I answers the double question of what crimes and how the jurisdiction of the Court can be activated, in addition to considering the definition of international crime in relation to crimes that constitute the material competence of the Court under the Rome Statute.

Chapter II examines the question of the irrelevance of official capacity of a given person as a procedural matter that must be taken into consideration when upholding the jurisdiction of the Court. In this regard, jurisdictional immunities are examined from a double personal and material perspective, both in the field of International Law as well as within the domestic law of each State, in order to decide on their enforceability before the Court.

On the other hand, Chapter III focuses, in a more pronounced manner, on a particular aspect of the jurisdiction of the Court, such as the territoriality of the criminal conduct, in order to answer the question of whether the Rome Statute is applicable to situations in which the person responsible for the crime or crimes is a national of a Non-Party State to this instrument.

Chapter IV responds to the question of what are the consequences of the denunciation of the Rome Statute by a State Party to it over the jurisdiction of the Court in relation to a procedure found *sub iudice*? Such a question is perceived as an inseparable reality to the legal analysis of the general jurisdiction of the Court, when behind the act of withdrawal stand out criminal policy interests in a way

diametrically opposed to the purposes sought by the Rome Statute; to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes.

For its part, Chapter V considers the referrals by the Security Council, in addition to the other trigger mechanisms allowing the exercise of the jurisdiction of the Court, putting the focus on the intrinsic particularities of this mechanism. To that end, it have been analyzed the relevant norms of the Charter of the United Nations where the legal basis of these referrals is founded, and attention has been paid to the right of veto as a limit to the action of the Security Council in situations of serious, massive and systematic human rights violations.

Finally, in relation to the referrals of the Security Council and the potential difficulties that may arise in respect to a Non-Party State to the Statute, although a Member of the United Nations and the addressee of the resolution, it has been examined the enforcement of relevant principles that inform the situation of third States to an international treaty from the perspective of the Law of Treaties, to then explain the provisions of article 103 of the Charter of the United Nations as a rule of conflict resolving the inconsistency among competing legal obligations.

ABREVIATURAS

ACHPR	<i>African Commission on Human and Peoples' Rights</i>
AEPDIRI	<i>Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales</i>
AGNU	<i>Asamblea General de las Naciones Unidas</i>
ASIL	<i>American Society of International Law</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CDI/ILC	<i>Comisión de Derecho Internacional</i>
CEDH	<i>Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales</i>
CETS	<i>Council of Europe Treaty Series</i>
CICR/ICRC	<i>Comité Internacional de la Cruz Roja</i>
CIJ/ICJ	<i>Corte Internacional de Justicia</i>
CIDH	<i>Convención Americana sobre Derechos Humanos</i>
CtIDH	<i>Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>
CNU	<i>Carta de las Naciones Unidas</i>
CNUDM	<i>Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar</i>
CP	<i>Código Penal</i>
CPA/PCA	<i>Corte Permanente de Arbitraje</i>
CPI/ICC	<i>Corte Penal Internacional</i>
CPJI/PCIJ	<i>Corte Permanente de Justicia Internacional</i>
CSNU	<i>Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas</i>
CVDT	<i>Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados</i>
CVRC	<i>Convención de Viena sobre Relaciones Consulares</i>

CVRD	<i>Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas</i>
Doc.	<i>Documento</i>
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
EU	<i>European Union</i>
ICRC/CICR	<i>International Committee of the Red Cross</i>
IDI/IIL	<i>Instituto de Derecho Internacional</i>
IHLADI	<i>Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional</i>
LO	<i>Ley Orgánica</i>
OACI/ICAO	<i>Organización de Aviación Civil Internacional</i>
OEA	<i>Organización de los Estados Americanos</i>
OMPI	<i>Organización Mundial de la Propiedad Intelectual</i>
OMS	<i>Organización Mundial de la Salud</i>
ONG	<i>Organización no gubernamental</i>
ONU	<i>Organización de las Naciones Unidas</i>
OTAN	<i>Organización del Tratado del Atlántico Norte</i>
OTP	<i>Office of the Prosecutor</i>
PNA	<i>Palestinian National Authority</i>
RCA	<i>República Centroafricana</i>
RDC	<i>República Democrática del Congo</i>
Res.	<i>Resolución</i>
SCP	<i>Sala de Cuestiones Preliminares</i>
SETC/ECCC	<i>Salas Especiales en los Tribunales de Camboya</i>
TEDH/ECtHR	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
TESL/SCSL	<i>Tribunal Especial para Sierra Leona</i>
TMI/IMT	<i>Tribunal Militar Internacional de Núremberg</i>

TMILO/IMTFE	<i>Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente</i>
TPIR/ICTR	<i>Tribunal Penal Internacional para Ruanda</i>
TPIY/ICTY	<i>Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia</i>
UA/AU	<i>Unión Africana</i>
UNAMA	<i>United Nations Assistance Mission in Afghanistan</i>
UNESCO	<i>Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura</i>
UNTS	<i>United Nations Treaty Series</i>

INTRODUCCIÓN

I. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

Como su propio nombre indica, el presente trabajo de investigación centra el objeto de la tesis en la competencia de la Corte Penal Internacional (“CPI” o “la Corte”), con arreglo a los criterios jurisdiccionales establecidos en el Estatuto de Roma (“el Estatuto”)¹, respecto de los nacionales de Estados que no son Partes en este instrumento internacional. Como es bien sabido, la jurisdicción de la Corte es estrictamente personal y la responsabilidad penal exclusivamente individual, aunque una conducta criminal tipificada como crimen de su competencia puede haberse cometido no sólo por el nacional de un Estado Parte, sino, igualmente, por los nacionales de Estados terceros. Ahora bien, en el ámbito internacional esta realidad resulta todavía más controvertida por la afección de bienes jurídicos como la igualdad soberana de los Estados y la inmunidad de sus agentes, por un lado; y la lucha colectiva contra la impunidad de los autores de los más graves crímenes que representan una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, por otro.

Siguiendo la idea anterior, existen dos asuntos centrales en este trabajo que requieren nuestra evaluación reflexiva y crítica. Por un lado, la competencia de la Corte Penal Internacional de conformidad con su instrumento constitutivo. Por otro lado, la inmunidad de jurisdicción que el Derecho Internacional reconoce a determinadas personas internacionalmente protegidas, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo de sus funciones oficiales cuando se encuentren fuera de su país.

¹ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional [UNTS, Vol. 2187, No. 38544; Depositario: Secretario General de las Naciones Unidas]. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 51/207, decidió celebrar en el año 1998 una Conferencia Diplomática con el objetivo de concretar una convención sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. AGNU, Resolución 51/207, de 17 de diciembre de 1996, sobre el *Establecimiento de una Corte Penal Internacional* [UN Doc. A/RES/51/207].

En esta parte introductoria, corresponde resaltar la importancia de nuestro trabajo y su razón de ser, así como nuestra aportación a la comunidad académica y científica a partir de su elaboración. Debemos aclarar que la elaboración de una tesis doctoral sobre el título propuesto resulta absolutamente necesaria en estos momentos, dada la pluralidad de trabajos académicos que dedican sus párrafos a cuestiones puntuales y sectoriales. En realidad, podemos encontrar una amplia bibliografía y numerosos artículos doctrinales sobre cuestiones relacionadas con el funcionamiento de la Corte, con su competencia y el papel de las inmunidades en el Estatuto de Roma, aunque todos ellos presentan resultados variados y hasta contradictorios. No obstante, ninguno de los trabajos que hemos consultado trata de forma conjunta e integral, y con la rigurosidad científica de una tesis doctoral, la cuestión competencial desde la perspectiva de las inmunidades de jurisdicción.

Por tanto, podemos afirmar que nuestra contribución tiene como finalidad última aportar a la comunidad académica un estudio completo y sustentado en fuentes bibliográficas, doctrinales y jurisprudenciales sobre una serie de hipótesis jurídicas. A partir de su elaboración, lo que buscamos es contribuir al desarrollo progresivo y a la evolución del sistema de justicia penal internacional, finalmente institucionalizado con la adopción del Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998, hace ya más de 20 años.

Pues bien, la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales reconocidas por el Derecho Internacional a un grupo de personas internacionalmente protegidas constituye en la actualidad una de las cuestiones “más apremiantes” del Derecho Internacional², dado que los Estados de la Comunidad internacional se enfrentan a “obligaciones contrapuestas”³ dimanantes de la Carta de las Naciones Unidas, del Estatuto de Roma y también del Derecho Internacional consuetudinario.

Conscientes de esta necesidad de dar una respuesta articulada, este trabajo busca construir una teoría jurídica integradora, con el fin de responder a aquellas

² Vid. *Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias de las obligaciones jurídicas que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes del derecho internacional con respecto a las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno y otros altos funcionarios*, Carta de fecha 9 de julio de 2018 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Kenia ante las Naciones Unidas, UN Doc. A/73/144, Anexo, para. 2.

³ *Ibid.*

cuestiones sobre las que la doctrina se ha centrado solo superficialmente, pero no con la atención necesaria y detalles que ellas requieren. Este trabajo nos permite, en definitiva, fundamentar, desde el punto de vista del Derecho Internacional, la intervención de la Corte en una situación individualizada, fundamentalmente, cuando estemos ante la comisión de crímenes de su competencia material que se hayan llevado a cabo en el territorio de un Estado Parte por los nacionales de un Estado tercero, contestando este último la eficacia jurídica del Estatuto de Roma. Igualmente, la Corte sería competente para conocer de aquellas situaciones que se hayan iniciado en el territorio de un Estado no Parte en el Estatuto de Roma y perfeccionado en el ámbito espacial de una Parte, como se produjo recientemente en la situación relativa a las atrocidades perpetradas contra la población Rohinyá en el territorio de Myanmar, que, como sabemos, es un Estado tercero respecto del Estatuto.

Por lo que se refiere a la protesta de dichos terceros Estados respecto de la jurisdicción de la Corte, esta situación se produce porque, a pesar de la existencia de bienes jurídicos comunes y de valores esenciales que afectan a la Comunidad internacional en su conjunto, el consentimiento del Estado constituye la *raison d'être* del Derecho Internacional y de la que evoca, ciertamente, el carácter relativo de este ordenamiento jurídico. Es, por ello que, decimos que la *eficacia del Derecho Internacional es relativa*, como lo es también la del propio Estatuto de Roma, dado que sus normas convencionales obligan solamente a los Estados que las aceptan de forma libre y voluntaria, siguiendo la máxima latina *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*⁴.

De esta manera, partiendo de esta idea de la relatividad, podemos explicar la importancia del tema elegido para el trabajo. La oponibilidad de las normas de carácter convencional depende, en última instancia, de la voluntad de un Estado. Es decir, de si el Estado contra el que se pretende hacer efectiva la norma se haya obligado por la misma en el plano internacional. Aunque, la no manifestación del consentimiento no impide, por otro lado, que el cumplimiento de esta norma sea

⁴ Con la única excepción de las normas imperativas de Derecho Internacional, conocidas también como normas perentorias o *ius cogens*.

exigido por vía consuetudinaria, en la ocasión de que la misma haya cristalizado como costumbre general. Éste es el conocido como el *efecto relativo de los tratados internacionales*, que no es sino una manifestación del carácter relativo del Derecho Internacional y de la igualdad soberana de los Estados. El Derecho Internacional es, por lo tanto, un ordenamiento jurídico basado sustancialmente en la expresión libre del consentimiento de los Estados que integran la Comunidad internacional en su conjunto. Es, en consecuencia, la expresión de la soberanía de los Estados.

Pues, eso mismo cabe predicar respecto del Estatuto de Roma, una norma internacional convencional que adopta la forma de tratado internacional, aunque con la singularidad de que es constitutiva de la propia Corte Penal Internacional⁵. Su naturaleza jurídica sugiere, por tanto, que se trata de una norma que no creará obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento⁶. Partiendo de este carácter singular, consideramos que la creación de la Corte ha supuesto un avance revolucionario en la dinámica de las relaciones contemporáneas. Ello es así porque nos encontramos ante una Institución judicial que puede ejercer su competencia no ya con respecto a sus Estados Partes, lo cual es indiscutible, sino respecto del territorio de cualquier otro Estado⁷ cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decida remitir una situación al Fiscal de la Corte en virtud del Capítulo VII de la Carta. Como tendremos ocasión de estudiar más adelante, en estos supuestos resulta irrelevante el consentimiento del Estado territorial a la remisión efectuada por el órgano político.

Siguiendo dicho planteamiento, cabe afirmar que la Corte puede ocuparse de una situación tanto respecto de los Estados que hayan consentido de forma

⁵ «La creación de una corte penal internacional no puede descansar sino en el fundamento jurídico más sólido que se conoce, a saber, un tratado internacional. [...] El estatuto habrá de ser un texto elaborado cuidadosamente, que sea una base jurídica firme de las sentencias pronunciadas contra los autores de crímenes internacionales, y ello en cualesquiera circunstancias.» Vid. Comentarios del Sr. Alexander YANKOV (Bulgaria), Miembro de la Comisión de Derecho Internacional. Véase CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1994, Vol. I, *Actas resumidas de las sesiones del cuadragésimo sexto período de sesiones 2 de mayo-22 de julio de 1994*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1994, p. 19, para. 18.

⁶ Véase el Art. 34 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980 [UN Doc. A/CONF.39/27(1969), *UNTS*, Vol. 1155, p. 443]. España prestó el consentimiento en obligarse por instrumento de adhesión el 2 de mayo de 1972. Además, la Convención ha sido el marco de referencia de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales [BOE, núm. 288, de 28 de noviembre de 2014].

⁷ Aunque, lo cierto es que se exige que se trate de un Estado Miembro de las Naciones Unidas.

voluntaria su competencia, esto es, ratificado el Estatuto de Roma, como respecto de los más graves crímenes internacionales cometidos dondequiera que sea y por quienquiera que sea, sin que importe además la condición personal⁸. De ahí que, su puesta en funcionamiento representa uno de los hitos más destacables de este siglo por la importante misión que tiene encomendada; poner fin a la impunidad de los autores de los *más graves crímenes internacionales que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad*⁹.

No en vano la competencia de la Corte es uno de los parámetros clave para determinar la intervención de ésta en diferentes situaciones y partes del mundo y, sobre todo, para explicar cuándo y por qué interviene, así como cuándo y por qué no puede hacerlo, aunque, *prima facie*, parecen haberse cometido uno o varios de los crímenes bajo su jurisdicción. A este respecto, cabe mencionar la situación en la República Árabe Siria, respecto de la que, en más de una ocasión la Fiscalía de la Corte ha expresado que no puede investigar los crímenes cometidos en ese país por la falta de nexos jurisdiccionales con la situación. Porque, Siria ni es un Estado Parte, ni tampoco el Consejo de Seguridad ha encontrado el consenso necesario para remitir dicha situación¹⁰. Es uno de estos casos que nos permiten ilustrar cuán importante es la delimitación de la competencia de la Corte en sus cuatro dimensiones, para estudiar posteriormente los modos de su ejercicio, que son los que hacen factible su intervención en situaciones de máxima gravedad. Además, debemos tener en cuenta el carácter complementario de la competencia de la Corte, que es un hecho que explica que ésta no puede intervenir en todos y

⁸ Véase, en este sentido, HERRERA CARBUCCIA, O., “La Protección de los Derechos Humanos en la Corte Penal Internacional”, en PRONER, C. *et al.*, *70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 541-546. Como establece la Magistrada de la Corte Penal Internacional, «el orden jurídico internacional incluye instrumentos convencionales específicos relacionados con la protección de los derechos y vinculantes para los Estados partes, como es el Estatuto de Roma adoptado en 1998 por el cual se instaura la Corte Penal Internacional.», *vid.* p. 542.

⁹ Preámbulo del Estatuto de Roma, considerando 2º. La cursiva es nuestra.

¹⁰ Véase el proyecto de resolución de las Naciones Unidas sobre Siria, en donde se disponía que el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, «[d]ecide remitir la situación en la República Árabe Siria descrita en el párrafo 1, desde marzo de 2011, al Fiscal de la Corte Penal Internacional». CSNU, Proyecto de Resolución 348 (2014), de 24 de mayo de 2014 [UN Doc. S/2014/348, para. 2].

cada uno de los conflictos existentes en la actualidad, como reclaman sectores de la sociedad civil internacional.

En cuanto a la competencia, de un modo más estricto, ésta está delimitada expresamente en sus cuatro facetas —*ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci* y *ratione temporis*— en el Estatuto de Roma, como no podría ser de otra manera, en aras al principio de legalidad en materia penal. Siguiendo sus disposiciones, la Corte tendrá jurisdicción sobre los crímenes enunciados en el artículo 5 del Estatuto, a saber: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, por último, el crimen de agresión¹¹. La Corte puede conocer de estos crímenes siempre que se hayan cometido a partir del 1 de julio de 2002, momento de la entrada en vigor del instrumento y que marca el punto de partida de la competencia *ratione temporis*. En términos generales, estos crímenes podrían haberse cometido por un individuo, nacional de un Estado Parte o de un Estado tercero, en el territorio de un Estado Parte, donde haya tenido lugar la conducta de que se trate; o bien en el territorio de un Estado no Parte cuando los elementos del crimen se hayan materializado en al menos un Estado Parte del Estatuto¹².

II. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Con el objeto de llevar a cabo el estudio propuesto, el presente trabajo de investigación se estructura en torno a tres partes claramente diferenciadas, cada una de las cuales, integrada, a su vez, por dos capítulos.

PARTE I. Esta primera parte se centra en las cuestiones preliminares sobre la competencia de la Corte Penal Internacional, abarcando, en sus dos capítulos:

¹¹ Como tendremos ocasión de comprobar en el Capítulo I, la fecha que marca el momento inicial de la competencia *ratione temporis* de la Corte respecto del crimen de agresión es el 17 de julio de 2018. En consecuencia, la Corte podrá ejercer su competencia respecto de los crímenes de agresión que se hayan cometido únicamente a partir de esta fecha.

¹² Podemos avanzar que los sujetos que están legitimados para remitir una situación a la Corte y, en consecuencia, activar su competencia, por la comisión de cualquiera de estos crímenes son: un Estado Parte en el Estatuto; el Consejo de Seguridad, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; así como, el Fiscal *proprio motu*. Nos remitimos para el estudio de estas cuestiones al Capítulo I, *infra*.

por un lado, los criterios que fundamentan dicha competencia en el ámbito del Estatuto de Roma; y, por otro, la improcedencia del cargo oficial a los efectos de determinar esa competencia. Como podemos observar, en esta parte tratamos de forma integral las cuestiones relacionadas con la competencia general de la Corte, prestando atención no sólo sobre los vínculos jurisdiccionales en relación con una situación concreta, sino también sobre la condición personal del sospechoso de la conducta criminal. En este sentido, tendremos la ocasión de estudiar una cuestión central dentro de esta tesis doctoral, como son las inmunidades jurisdiccionales reconocidas por el Derecho Internacional a ciertas personas por razón de su cargo oficial.

En este mismo orden de exposición, estas cuestiones pueden considerarse como preliminares al tratamiento de las demás partes del trabajo, precisamente, por tratarse de instituciones que nos permiten abordar las demás materias, tales como: el ejercicio de la competencia de la Corte cuando la conducta criminal se haya cometido por el nacional de un Estado no Parte en el territorio de un Estado Parte del Estatuto, o cuando este último decide denunciar el Estatuto durante el transcurso de un procedimiento que se encuentra *sub iudice* ante la Corte.

PARTE II. La segunda parte de la tesis aborda, de un modo más particular, las situaciones remitidas a la Corte por un Estado Parte, o bien por el propio Fiscal cuando actúa *ex officio*, respecto de los nacionales de Estados terceros. El Capítulo III versa sobre la competencia de la Corte en los casos de crímenes cometidos por nacionales de terceros Estados en el territorio de un Estado Parte del Estatuto de Roma. Mientras que, el Capítulo IV se enfrenta a un asunto de mayor actualidad, como es la denuncia del Estatuto por aquellos Estados Partes que, en el momento de depositar su instrumento de denuncia, tienen pendiente una situación ante la propia Corte. Dicho de otra forma, la denuncia se produce en el transcurso de un procedimiento incoado ante ésta, con independencia de si se hubiera promovido por el mismo Estado o, como demuestra la práctica, por el Fiscal actuando *proprio motu*¹³.

¹³ Entre los Estados que se encuentran en esta situación podemos mencionar a Burundi, siendo el primer país en denunciar el Estatuto de Roma y retirarse de la Corte, y también a Filipinas.

El caso más paradigmático de los últimos años relacionado con el Capítulo III, y que además explica a la perfección el supuesto que relatamos, es la adhesión de Palestina al Estatuto de Roma y la apertura de un examen preliminar por parte de la Fiscalía sobre el territorio de ese Estado. En este contexto, cabe recordar que el 1 de enero de 2015 el Gobierno de Palestina presentó una declaración mediante la cual aceptó la competencia de la Corte con arreglo a las previsiones del párrafo tercero del artículo 12 del Estatuto. Mediante esta última disposición, un Estado que no es Parte en el Estatuto puede aceptar la competencia de la Corte sobre la base de una declaración *ad hoc*. Esta posibilidad — la que permite el sometimiento expreso de una situación concreta por un tercer Estado — no plantea particulares problemas, dado que se somete de manera voluntaria. En cuanto al contenido de la declaración de Palestina, la misma se refería a los crímenes perpetrados en el territorio ocupado, incluida Jerusalén Este, desde el 13 de junio de 2014. Aunque, el 2 de enero de 2015 el Gobierno de Palestina ratificó formalmente el Estatuto, convirtiéndose así en Estado Parte. Cabe destacar que la problemática en este tipo de situaciones viene marcada por la oposición del Estado de la nacionalidad del acusado del crimen, cuando se trate de un Estado tercero, a la competencia de la Corte, afirmando que la aplicación del Estatuto sin su consentimiento es contraria al Derecho Internacional.

Entonces, podríamos avanzar la siguiente pregunta: ¿podría el ejercicio de la competencia de la Corte sobre los nacionales de Estados no Partes ser contrario a los principios del Derecho Internacional? Ésta y otras preguntas de semejante complejidad serán analizadas en la respectiva parte de la tesis doctoral, incluida la posibilidad de que la Corte se declare competente sobre una situación que haya comenzado en el territorio de un Estado no Parte y terminado en el territorio de un Estado Parte del Estatuto de Roma.

PARTE III. La tercera parte de la tesis se refiere de manera exclusiva a una de las formas de ejercicio de la competencia de la Corte, a saber, la prevista en el párrafo b) del artículo 13 del Estatuto. En concreto, estudiaremos la competencia de la Corte por remisiones del Consejo de Seguridad en relación con Estados no

Partes en el Estatuto de Roma, aunque sí Miembros de las Naciones Unidas¹⁴. Este apartado hace materialmente posible que el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, decida remitir una situación al Fiscal de la Corte. Por un lado, en el Capítulo V del trabajo estudiaremos la teoría general en relación con el poder de remisión *ex* artículo 13 b). Por otro lado, dentro de este capítulo nos referiremos a los preceptos relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, siendo el marco jurídico de legitimación de la actividad del Consejo. Por último, en el Capítulo VI abordaremos los problemas que plantea la remisión del Consejo respecto de los Estados no Partes, que se encuentran en la situación de tener que aplicar concretas obligaciones de un tratado que nunca han consentido, así como los mecanismos que permiten resolver los supuestos de conflictividad normativa.

Finalmente, pueden encontrarse una serie de conclusiones que derivan del estudio de cada una de las preguntas planteadas en cada uno de los capítulos que integran el presente trabajo. Tales conclusiones se estructuran por orden sucesivo de los capítulos, tal y como vienen enunciados hasta ahora.

III. METODOLOGÍA

En esta parte introductoria de nuestro trabajo, resulta necesario remitirnos a la disciplina de la metodología científico-jurídica que utilizaremos a lo largo de su extensión para dar respuesta a las hipótesis planteadas. Esta sección responde a la cuestión de cómo procederemos a la hora de analizar los problemas jurídicos planteados y que conforman los distintos capítulos de esta tesis, posicionándolos dentro de una corriente epistemológica determinada. El objeto de la metodología es, pues, el *cómo del conocimiento*, a través de qué técnicas adecuadas alcanzamos los objetivos propuestos.

¹⁴ Lista de los Estados Miembros de las Naciones Unidas [fuente consultada el 17 de febrero de 2019]. El 14 de julio de 2011, la República del Sudán del Sur fue admitida como nuevo Estado Miembro por la Asamblea General de las Naciones Unidas, tras separarse formalmente del Sudán el 9 de julio de 2011 mediante la celebración de un referéndum, cuya validez ha sido reconocida por la Comunidad internacional. Se trata del 193º Miembro de las Naciones Unidas.

Antes de cualquier cosa, debemos formularnos la siguiente pregunta: ¿qué es la metodología? ¿Para qué nos sirve? En palabras de MARTÍNEZ ZORRILLA, “la metodología es el estudio del método, y [el] «método» puede definirse como el esquema o procedimiento seguido para realizar cierta actividad o conseguir determinados fines u objetivos.” Por tanto, afirma la autora, “[c]uando hablamos de la metodología jurídica, fundamentalmente nos estamos refiriendo al estudio y análisis del procedimiento para determinar cuál es la respuesta jurídica para el caso que estamos examinando...¹⁵.” Conforme a esta definición, podemos señalar que la metodología de la investigación jurídica es necesaria para llegar a un orden lógico, impuesto a través de un procedimiento reglado. Por lo que, a través de la complementariedad de los métodos podemos descubrir un sistema jurídico como es, en efecto, la Ciencia Jurídica.

El Derecho Internacional Público no difiere en este sentido. Se trata de un ordenamiento jurídico autónomo que surge con la idea de ordenar cosas y tareas. En particular, el Derecho Internacional impone cierto orden entre los Estados de la Comunidad internacional y lo hace constituyendo un sistema caracterizado por la sistematización de unos conceptos fundamentales propios. A su vez, estos conceptos propios integran sus normas —internacionales— que funcionan como un principio rector en la imposición del orden —cuál es el método—.

En términos generales, la metodología no es más que una herramienta que nos permite discernir el objeto de la investigación científica, que ya hemos tratado previamente. De un modo más concreto, la metodología jurídica es una disciplina científica que nos permite identificar y tratar los problemas de índole jurídica con base en uno o varios métodos científicos. El método es la forma que nos permite ordenar los conceptos propios del Derecho Internacional Público para demostrar la validez objetiva de lo que en ellos se afirma. Siendo esto así, cabe preguntarnos:

¹⁵ Definición que encontramos en la parte introductoria de la obra de MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 21 y ss. Igualmente, sobre esta materia pueden consultarse, entre otros: CAHILLANE, L. y SCHWEPPE, J., “Legal Research Methodologies: Framing the Context”, en CAHILLANE, L. y SCHWEPPE, J. (eds.), *Legal Research Methods. Principles and Practicalities*, Dublin: Clarus Press, 2016, p. 226; CARVAJAL, L., *Metodología de la investigación. Curso general y aplicado*, Colombia: FAID, Editorial Futuro, 1992, p. 140; HALL, S., “Researching International Law”, en MCCONVILLE, M. y HONG CHUI, W. (eds.), *Research Methods for Law*, Edinburg: Edinburg University Press, 2ª ed., 2017, pp. 181 y ss.; SINGH, R., *Legal Research Methodology*, New York: LexisNexis, 2ª ed., 2016, p. 390.

¿a través de qué planteamiento metodológico abordaremos nuestro estudio? Así, en el ámbito del Derecho resulta posible emplear diversos métodos, dependiendo de cuál es la hipótesis formulada y los resultados que se pretenden conseguir.

Por lo que se refiere al ámbito del Derecho Internacional, lo que sí parece innegable es su carácter interdisciplinario, que, siendo una disciplina autónoma, permanece en constante interacción con otras ciencias. De ahí que, no podemos analizar las categorías jurídicas internacionales como compartimentos estancos y de forma aislada, sino que debemos adoptar un enfoque plurimetodológico que nos permita combinar dos o más métodos, con el propósito de conocer la realidad internacional de forma más precisa. Teniendo en cuenta que no existe un método único para investigar en el ámbito del Derecho Internacional, cabe manifestar que en este trabajo de investigación emplearemos, fundamentalmente, dos métodos para estructurar el conocimiento científico: por un lado, el método deductivo o lógico; y, por otro, el método inductivo o empírico.

El *método deductivo* es un canon de razonamiento que nos permite formular nuestras conclusiones a partir de deducciones generales de la realidad jurídico-internacional estudiada. Este método nos permite analizar el marco conceptual existente sobre el estado actual del Derecho Internacional Público —y el Derecho Internacional Penal, como subsistema más próximo a la cuestión principal de esta tesis—. El método conceptual resulta objetivamente idóneo para la consecución de los objetivos marcados, dado que nos permite reinterpretar los conceptos y las categorías jurídicas con las que vamos a trabajar, con la posibilidad de desarrollar nuevos marcos conceptuales. Por tanto, los beneficios de este método son dobles: por un lado, nos permite interpretar las normas jurídicas y los instrumentos con los trabajaremos; y, por otro, nos ofrece la posibilidad de crear nuevas categorías con sus características y métodos de interpretación, a partir del trabajo previo de investigación.

Por su parte, el *método inductivo* es otro canon de razonamiento que nos permite formular conclusiones a partir de deducciones específicas o particulares de la realidad jurídico-internacional, en paralelo a otras concepciones doctrinales previas. Este método descriptivo es aquel que nos permite, a su vez, describir el

problema o la situación que estamos estudiando, tal y como existe en el momento actual. De esta manera, el método descriptivo complementa el marco conceptual, dotándole de una característica muy importante como es la temporalidad, ya que, a efectos de cualquier trabajo de investigación, la definición del espacio temporal en el que formulamos la hipótesis es clave para comprender la cuestión jurídica principal.

Además, como ya afirmamos, el Derecho Internacional disciplina u ordena las relaciones entre los Estados, y lo hace en un momento histórico, humano y social concreto, ajustándose sus preceptos y mandatos conforme evoluciona la Comunidad internacional organizada. En consecuencia, este trabajo no pretende retroceder en el pasado a la hora de analizar las categorías jurídicas, sino que se marca como objetivo estudiarlas en su marco conceptual e interpretativo actual, siendo además la temporalidad un elemento característico de la competencia de la Corte y que define la jurisdicción de cualquier otro órgano jurisdiccional, tanto nacional como internacional.

IV. FUENTES DE CONOCIMIENTO

Las fuentes de conocimiento, como su propio nombre indica, se refieren al soporte material de un trabajo de investigación que impregna todo su contenido. A partir de las premisas anteriores, resulta indicativo que este trabajo se enmarca muy claramente en el ámbito del Derecho Internacional y, muy particularmente, en uno de sus subsistemas, como es el Derecho Internacional Penal¹⁶.

Más concretamente, a lo largo de todos los capítulos y partes enunciadas, hemos consultado de forma recurrente a dos instrumentos de importancia capital para el desarrollo analítico e interpretativo de la investigación. Se trata, en primer lugar, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que constituye así la

¹⁶ Sobre la diferencia conceptual entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal, véase MEJÍA AZUERO, J.C., "Diferencias entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal", *Prolegómenos. Derechos y Valores. Universidad Militar Nueva Granada*, Vol. XI, No. 22, 2008, pp. 181-217.

primera y más importante norma convencional dentro de la investigación por su conexión directa con la hipótesis planteada. En segundo lugar, hay que tomar en consideración la eficacia de la Carta de las Naciones Unidas, en la medida en que la misma configura el núcleo central sobre el que recaen las remisiones a la Corte por parte del Consejo de Seguridad.

Por lo que se refiere a las *fuentes normativas*, la justificación de esta primera fuente de conocimiento viene dada por el tema elegido. En el instante en que nos proponemos estudiar la competencia de la Corte, resulta indispensable la alusión a su instrumento constitutivo. Se trata de una fuente jurídica de naturaleza mixta, sustantiva y procedimental, por la peculiar idiosincrasia de la Corte. Además, se trata asimismo de un tratado internacional que crea derechos y obligaciones para los Estados que lo hayan ratificado, aunque también podría desplegar sus efectos, y de hecho así sucede, sobre el resto de Estados de la Comunidad internacional en los casos de intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La creación de la Corte es una realidad objetiva que debe ser aceptada por todos los Estados, ya que se trata de una Institución que forma parte de la arquitectura internacional desde la adopción de su instrumento constitutivo, el 17 de julio de 1998.

En efecto, el Estatuto de Roma es fruto de la actividad convencional de los Estados que conforman la Comunidad internacional de nuestros días, aunque no todos los que lo negociaron están hoy presentes como Partes en este instrumento. Como toda norma jurídica, el Estatuto presenta algunas ambigüedades y dilemas que pueden ser afrontadas únicamente mediante la interpretación autorizada de la propia Corte. Desde sus comienzos, ésta se encuentra en un proceso continuo de consolidación de su *praxis* institucional y de su línea jurisprudencial, puesto que sólo de esta manera podría consolidar su máximo potencial como Institución judicial llamada a poner término a la impunidad de los autores de los más graves crímenes internacionales¹⁷.

¹⁷ La idea de una justicia penal internacional se ha ido consolidando incluso ante de la existencia de las Naciones Unidas. En este sentido, SALDAÑA QUINTILIANO partía en 1925 de conceptos como la asistencia jurídica internacional para defender la existencia de una justicia internacional. Sobre la evolución de estos conceptos en una etapa muy inicial del siglo XX, véase QUINTILIANO, S., "La justice pénale internationale", *Recueil des Cours*, Vol. 10, 1925, pp. 228-242.

Aparte de la norma anterior, la remisión a la Carta de las Naciones Unidas resulta obligada por la siguiente razón. Esta necesidad se explica por la referencia expresa que de ella se hace en el texto del Estatuto, lo cual nos obliga a interpretar las disposiciones de su Capítulo VII, de forma preferente. Además, sólo podemos garantizar un tratamiento adecuado e integrador de esta materia si ‘*abandonamos*’ el marco estatutario para adentrarnos en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, dominios reservados en exclusiva al Consejo de Seguridad. De ahí que, resulta necesario interpretar los preceptos de la Carta que reglamentan las prerrogativas del órgano y la obligatoriedad de sus resoluciones, con el fin de que pueda remitir una situación al Fiscal de la Corte según dispone el artículo 13 b) del Estatuto.

Además de estos dos instrumentos jurídicos, el trabajo exige el análisis de otras disposiciones normativas de carácter declarativo, como son las resoluciones procedentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pero también de las resoluciones jurídicamente vinculantes del Consejo de Seguridad, de forma más acentuada.

Por lo que se refiere a las *fuentes doctrinales* consultadas para la elaboración de esta tesis, hemos consultado un amplísimo número de fuentes bibliográficas y documentales, tanto nacionales como extranjeras, catalogadas en los fondos de las Bibliotecas especializadas en materia de Derecho Internacional Público de las siguientes instituciones académicas: la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad de Oxford y el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Internacional y Extranjero, sin dejar de mencionar la propia Biblioteca de las Naciones Unidas “Dag Hammarskjöld”, que contiene recursos especializados sobre las Naciones Unidas. Asimismo, hemos consultado un extenso número de recursos en formato electrónico del ámbito de esta Organización, e igualmente de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma.

En cuanto a las *fuentes jurisprudenciales*, procede indicar que la práctica de los tribunales internacionales con competencias expresamente relacionadas con las cuestiones dogmáticas tratadas en la tesis – fundamentalmente, la Corte Penal Internacional y predominantemente la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal

Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, han sido un recurso imprescindible para sustentar la validez de las distintas teorías en cada uno de los capítulos. Para ello, ha sido preciso consultar las decisiones judiciales de estos tribunales, tratándose de un medio auxiliar para la interpretación teleológica de las reglas jurídicas aplicables en cada uno de los supuestos.

PRIMERA PARTE

**CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LA COMPETENCIA
DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

CAPÍTULO I

LOS CRITERIOS QUE FUNDAMENTAN LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ESTABLECIDOS EN EL ESTATUTO DE ROMA DE 1998

Para que la Corte Penal Internacional pueda conocer de un asunto de que se trate es necesaria la confluencia de una serie de criterios que fundamentan su competencia de conformidad con el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998. La necesidad de referirnos al fundamento de tal competencia dentro de este capítulo se justifica por el hecho de que el mismo puede considerarse como la base jurídica estatutaria que hace factible la intervención de la Corte en una situación, sin la cual no se pueden entender los conocidos como criterios jurisdiccionales. Dentro de estos criterios, a los que se denomina igualmente parámetros jurisdiccionales¹, hace falta referirnos a las cuatro dimensiones o facetas sobre las que se asienta la competencia general de la Corte, a saber: la competencia material, la competencia personal, la competencia temporal y, por último, está la competencia espacial o territorial. De entre todas ellas, la competencia por razón de la materia o *ratione materiae* es la clave sobre la que pivota el sistema jurisdiccional de la Corte en el marco estatutario, ya que delimita la materia sobre la que aquella pueda conocer. Es, por lo que, a lo largo de este capítulo nos centraremos en el estudio de estos criterios de forma preliminar al resto de cuestiones materiales que abordamos en nuestra investigación. Además, la competencia de la Corte no se puede entender sin los mecanismos que permiten su activación, motivo por el cual sería necesario realizar una exposición de cada una de las vías ordinarias que hacen posible el ejercicio de dicha competencia, según se cumplan las exigencias de admisibilidad de la causa *criminis* establecidas estatutariamente.

¹ Aunque la expresión «jurisdicción» puede tener más de un significado, a los efectos del presente trabajo el término se empleará en su acepción más tradicional como sinónimo de «competencia», y cuando se aplica a un tribunal se refiere principalmente a la competencia judicial o a la función para resolver controversias por medios pacíficos. Véase en CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1980, Vol. II, Primera Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1980/Add.I, p. 216.

I. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN COMPETENCIAL ESTABLECIDO POR EL ESTATUTO DE ROMA

La nota de la *complementariedad* o, mejor dicho, de la subsidiariedad, entre la Corte y las jurisdicciones penales de los Estados Partes en el Estatuto de Roma² debe ser analizada como una clasificación prioritaria. Partiendo de la misma, en primer lugar, se requiere la intervención del Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta o del que sea nacional el acusado del crimen, esto es, el “Estado que tenga jurisdicción” sobre el asunto³. Secundariamente, porque se trata de una competencia derivada del *ius puniendi* estatal⁴, si ese Estado se muestra incapaz

² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. A fecha 1 de junio de 2019, 137 Estados han firmado el Estatuto de Roma. De ellos 122 Estados han firmado y ratificado el instrumento, de los cuales 33 Estados africanos; 18 Estados de Asia y el Pacífico [N.B.: el 4 de marzo de 2019 Malasia se convirtió en el Estado 124, aunque el 17 de marzo de 2019 se materializó la denuncia de Filipinas; el 5 de abril de 2019 Malasia anunció su retirada del Estatuto de Roma]; 18 Estados de Europa del Este; 28 Estados de América Latina y el Caribe; y 25 Estados de Europa Occidental y otros. La información actualizada está disponible en UNTS. El Estatuto de Roma entró en vigor de forma general, según lo dispuesto en el Art. 126, el 1 de julio de 2002 [UNTS, Vol. 2187, No. 38544; Depositario: Secretario General de las Naciones Unidas]. El texto del Estatuto que se reproduce por referencia aquí se distribuyó como documento UN Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. Las enmiendas al Art. 8 reproducen el texto contenido en la Notificación del Depositario UN Doc. C.N.533.2010.TREATIES-6, en tanto que las enmiendas a los Arts. 8 *bis*, 15 *bis* y 15 *ter* reflejan el texto reproducido en la Notificación del Depositario UN Doc. C.N.651.2010.TREATIES-8. La fecha de ambas notificaciones es idéntica: 29 de noviembre de 2010, disponibles en <http://treaties.un.org>.

Por lo que se refiere a España, nuestro país depositó el Instrumento de Ratificación el día 24 de octubre de 2000 [Depositary Notification Reference: C.N.1012.2000.TREATIES-41], tras haberse autorizado con carácter previo por el Congreso de los Diputados la prestación del consentimiento de España mediante la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional [BOE, núm. 239, de 5 de octubre de 2000]. La Ley Orgánica entró en vigor el 6 de octubre de 2000.

³ Así lo denomina el párrafo primero del Art. 17, letra a), al regular las cuestiones de admisibilidad del asunto de que se trate. Nos estamos refiriendo, en concreto, al *forum delicti commissi*, o el lugar de comisión del hecho punible. Sobre la obligación de los Estados de investigar y enjuiciar, puede consultarse ROBERTI DI SARSINA, J., SCHABAS, W. y BARBERA, A., *Transitional Justice and a State's Response to Mass Atrocity. Reassessing the Obligations to Investigate and Prosecute*, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, en especial pp. 49-99.

⁴ Como sabemos, según el Derecho Penal subjetivo el monopolio para la creación y la aplicación de las normas penales reside hoy en día en el Estado, de forma exclusiva, aunque no excluyente, siendo una manifestación de su potestad punitiva o de castigar a los responsables de la comisión de aquellas conductas típicas, antijurídicas y culpables. A esta facultad soberana se le conoce en la jerga penalista como *ius puniendi*. Hablamos, en este sentido, de un *ius puniendi* estatal, que no es excluyente. Pues, como acabamos de ver en esta parte del trabajo, los Estados comparten por descarte el ejercicio de este derecho soberano con la CPI, cuando nos referimos a los crímenes de su competencia enunciados *expressis verbis* en el artículo 5 del Estatuto de Roma. Además, dichos crímenes internacionales encuentran una tipificación expresa en los ordenamientos jurídicos de

o no esté dispuesto para actuar en un asunto determinado, es entonces cuando la Corte se declarará competente. De ahí que, el Estatuto configura la competencia de ésta requiriendo que el Estado se abstenga de hacer algo. Por lo que, más que de una jurisdicción complementaria como la califica el Estatuto, a nuestro modo de ver sería correcto hablar de una jurisdicción subsidiaria a la del Estado Parte. En todo caso, la complementariedad es la vértebra del sistema estatutario, junto con la asistencia y la cooperación judiciales que deben propiciar las jurisdicciones nacionales a la Corte.

En efecto, el Estatuto de Roma atribuye el ejercicio del *ius puniendi* estatal a un órgano supranacional⁵ con respecto a unos delitos cualificados o especiales, que son los crímenes comprendidos en el artículo 5 del instrumento. De ahí que, no podemos pasar a los criterios jurisdiccionales que determinan la competencia de la Corte sin antes referirnos a la subsidiariedad entre ambas jurisdicciones, la nacional y la internacional⁶.

El carácter complementario es, por lo tanto, una de las características más notables del funcionamiento de la Corte, lo cual viene a significar que el ejercicio de la potestad jurisdiccional respecto de los crímenes tipificados en aquel artículo es *compartido* con los Estados, tanto en la función de juzgar como en la función de hacer ejecutar lo juzgado. De este modo, aun cuando la Corte sea “una institución permanente”, tendrá siempre un “carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales⁷”. Entendida en este sentido, la misma se constituye como un

la mayoría de los Estados parte. Vid. MAQUEDA ABREU, M.L. y LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 52-53.

⁵ Sobre la cuestión de si y en qué medida el poder punitivo puede existir en el nivel supranacional sin un soberano, sin un Estado (“el problema del *ius puniendi*”), véase, en particular, AMBOS, K., “Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, No. 2, 2013, pp. 293-315.

⁶ En este sentido, el principio de complementariedad, que no hay que confundir con el principio de subsidiariedad característico del Derecho de la Unión Europea, está desarrollado por los arts. 1, 17, 18, 19 y 20 del Estatuto de Roma. La complementariedad tiene como fundamento, según el profesor OLÁSOLO, un sistema de soberanía compartida entre la Corte y las jurisdicciones penales nacionales. OLÁSOLO ALONSO, H., *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya, 2011, p. 128, quien trata sobre los riesgos y las precauciones en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte.

⁷ El Preámbulo del Estatuto de Roma parte de esta misma realidad, afirmando que «la Corte Penal Internacional... será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales». Asimismo, esta idea la suscribe el Art. 1 cuando establece que la Corte «tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales». No en vano se trata de uno de los principios más importantes

órgano de último recurso llamado a desempeñar una función finalista⁸, como es la de sancionar la responsabilidad penal individual de las personas naturales en última instancia (*last resort* o *dernier recours*⁹).

Incluso, cabe advertir que autores como el profesor OLÁSOLO sostienen la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la jurisdicción de la propia Corte, con la que el Estatuto pretende promover la acción de la justicia a un nivel supraestatal sobre los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad internacional, respetando los principios de justicia material de ese instrumento¹⁰. Aunque, el profesor matiza la afirmación anterior cuando se refiere a la primacía material de la Corte sobre la determinación de las actuaciones llevadas a cabo por las jurisdicciones nacionales. Pues, la inacción voluntaria o la incapacidad propia de éstas hace que el asunto sea admitido por la Corte cuando dichas actuaciones de orden interno se muestren ineficaces¹¹.

En consecuencia, el carácter complementario de la competencia de la Corte es un hecho que explica la oportunidad de su intervención en un conflicto u otro. Entendemos que la misma no puede intervenir en cada uno de los conflictos que puedan existir en un momento temporal determinado. La Corte podrá ocuparse de una situación sólo cuando un Estado Parte, el Consejo de Seguridad o el Fiscal decidan remitirle el hecho circunstancial para abrir una investigación, aunque

que inspiren la competencia y el funcionamiento de la misma, y que se erige como un contrapeso en favor de los Estados Parte.

⁸ Conforme a este principio, la Corte constituye una jurisdicción de *última ratio* que únicamente puede activarse y ejercerse de conformidad con el Estatuto de Roma ante la inacción del Estado parte de que se trate, esto es, ante la falta de capacidad o bien la falta de disposición por parte de las jurisdicciones penales nacionales. OLÁSOLO ALONSO, H., *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, op. cit., p. 119.

⁹ Sobre esta cuestión, véase OLÁSOLO ALONSO, H., "El Principio de Complementariedad y las Estrategias de Actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su Examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?", en BOEGLIN, N., HOFFMANN, J. y SÁINZ-BORGO, J.C. (eds.), *La Corte Penal Internacional: Una perspectiva latinoamericana*, Madrid: Instituto BERG, 2014, pp. 153 y ss. En este capítulo, el profesor se refiere a la relevancia de la Corte en el marco de la Comunidad internacional en su conjunto y al principio de complementariedad. Sobre la Corte como último recurso (*last resort*), véase CRAWFORD, J., "Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law", *Recueil des Cours*, Vol. 365, 2013, pp. 9-390, at pp. 357-359.

¹⁰ OLÁSOLO ALONSO, H., *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, op. cit., p. 86, sobre la admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte.

¹¹ *Ibid.*, p. 61.

respetando los límites materiales, personales y temporales de su jurisdicción. Así, en una etapa temprana de su funcionamiento como órgano permanente, la Sala de Apelaciones había tenido la oportunidad de manifestar su posición sobre los parámetros jurisdiccionales estipulados en el Estatuto de Roma, identificando los criterios competenciales de la Corte en el asunto relativo al *Fiscal v. Lubanga Dyilo*, en este sentido¹²:

The parameters of the jurisdiction of the Court

«The jurisdiction of the Court is defined by the Statute. The notion of jurisdiction has four different facets: subject-matter jurisdiction also identified by the Latin maxim jurisdiction *ratione materiae*, jurisdiction over persons, symbolized by the Latin maxim jurisdiction *ratione personae*, territorial jurisdiction – jurisdiction *ratione loci* – and lastly jurisdiction *ratione temporis*. These facets find expression in the Statute.

The jurisdiction of the Court is laid down in the Statute: Article 5 specifies the subject-matter of the jurisdiction of the Court, namely the crimes over which the Court has jurisdiction, sequentially defined in articles 6, 7, and 8. Jurisdiction over persons is dealt with in articles 12 and 26, while territorial jurisdiction is specified by articles 12 and 13 (b), depending on the origin of the proceedings. Lastly, jurisdiction *ratione temporis* is defined by article 11¹³.»

El *dictum* de la Sala de Apelaciones, aunque podría parecer insignificante por redundante, establece los criterios que determinan la competencia de la Corte expresados en la división competencial cuadripartita, es decir: por cuestión de la materia, el sujeto, el espacio y el tiempo. Además, para que sea posible el ejercicio de estas competencias, la Sala de Cuestiones Preliminares III se ha pronunciado en el mismo sentido, manifestando que deben cumplirse todos y cada uno de los *criterios o prerequisites jurisdiccionales* para que un crimen se entienda subsumido dentro de la competencia general de la Corte:

«The Chamber further recalls that, for a crime to fall within the jurisdiction of the Court, **all jurisdictional prerequisites must be satisfied**. Thus, the crime must: (i) fall within the category of crimes set out in article 5 and defined in articles 6 to 8 of the Statute (jurisdiction *ratione materiae*); (ii) fulfil the temporal conditions specified in article 11 of the Statute (jurisdiction *ratione temporis*); and (iii) meet one of the

¹² ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Chamber, “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2)(a) of the Statute of 3 October 2006”, 14 December 2006, ICC-01/04-01/06-772.

¹³ *Ibid.*, paras. 21-22.

two requirements contained in article 12(2) of the Statute (jurisdiction *ratione loci* or *ratione personae*¹⁴).

The latter entails either that the crime occurs on the territory of a State Party to the Statute or a State which has lodged a declaration by virtue of article 12(3) of the Statute, or be committed by a national of any such State¹⁵.»

II. LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Según acabamos de afirmar, para que una determinada situación pueda ser traída a la atención de la Corte, debe poder verificarse la existencia de un nexo jurisdiccional entre los actos criminales específicos y la situación de que se trate. Además, se exige que dicha situación haya sido puesta en conocimiento del Fiscal de la Corte por alguno de los mecanismos previstos a tal fin. Ello puede suceder, como se ha apuntado, por iniciativa del propio Estado Parte donde haya tenido lugar la conducta, o de sus nacionales independientemente del lugar de comisión del acto criminal; por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y también cuando el inicio de la investigación se haya autorizado por la Sala de Cuestiones Preliminares¹⁶. Pues, en esta parte trataremos de determinar el alcance estatutario de la jurisdicción de la Corte, respondiendo a cuatro preguntas básicas del orden siguiente: sobre qué crímenes puede investigar la Corte, sobre quiénes, cuándo y dónde¹⁷. En efecto, no en vano afirmaba el Sr. James R. CRAWFORD en los *travaux préparatoires* para la creación de un tribunal penal internacional que:

¹⁴ ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, Pre-Trial Chamber III, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”, 25 October 2017, ICC-01/17-X-9-US-Exp, para. 31. La negrita es nuestra.

¹⁵ ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, 31 March 2010, ICC-01/09-19-Corr, p. 22, para. 39.

¹⁶ El Art. 15.4 del Estatuto de Roma establece lo siguiente: «Si, tras haber examinado la petición y la documentación que la justifique, la Sala de Cuestiones Preliminares considerare que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, autorizará el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa.»

¹⁷ Sobre la cuestión de los parámetros jurisdiccionales (*Jurisdictional Parameters*) puede consultarse a RASTAN, R., “Jurisdiction”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 141-178.

«Una de las cuestiones primordiales de fondo es la de la competencia del tribunal», además de señalar con criterio que «[l]a difícil tarea de establecer una instancia penal internacional para una serie de delitos encierra, por lo menos, tres problemas: la competencia *ratione materiae* (¿qué crímenes?), la competencia *ratione personae* (¿qué acusados?) y el problema de la elección de la instancia competente (¿una corte penal internacional o un tribunal nacional disponible?)¹⁸.»

Por lo tanto, cada una de estas cuestiones debe tratarse adecuadamente y recibir la suficiente atención, lo que vamos a realizar en cada uno de los epígrafes siguientes.

2.1. La competencia material o *ratione materiae* de la Corte: los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto

La competencia por razón de la materia está delimitada expresamente por el artículo 5 del Estatuto de Roma, rubricado *Crímenes de la competencia de la Corte*, recogiendo algunas de las figuras delictivas típicas del Derecho Internacional. En concreto, en esta disposición encontramos un listado *numerus clausus* de crímenes internacionales sobre los que la Corte puede ejercer su competencia, siempre que se reúnan los requisitos estatutarios para ello, y con independencia de los modos de activación que originan el inicio del procedimiento penal. La incoación de éste dependerá de la presunta comisión de uno o varios de estos tipos, desarrollados de forma pormenorizada en las disposiciones inmediatamente posteriores¹⁹. A la luz del tenor literal del artículo, resulta que “la competencia de la Corte *se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su*

¹⁸ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994*, Vol. I, *Actas resumidas de las sesiones del cuadragésimo sexto período de sesiones 2 de mayo-22 de julio de 1994*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1994, p. 8, para. 4 y p. 9, para. 9.

¹⁹ Sobre la competencia *ratione materiae* de la Corte, puede consultarse con carácter general el *curso general sobre la Corte Penal Internacional* del profesor DAVID, E., “La Cour pénale internationale”, *Recueil des Cours*, Vol. 313, 2005, pp. 325-454, at pp. 369-390, quien desarrolla el contenido de cada uno de los crímenes, aunque centrando su análisis en los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra de forma prioritaria.

conjunto²⁰.” La lista taxativa de los crímenes enunciados en el Estatuto de Roma está conformada, de forma exclusiva, por los siguientes tipos:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión²¹.

De la lectura del precepto anterior, se desprende la idea de que la Corte no tiene competencia sobre todos los crímenes que puedan tener la consideración de *internacionales*, sino tan sólo de aquellos que tengan la consideración de crímenes “más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto²²”. Sobre este particular, resultan destacables las palabras de CRAWFORD, quien dice que esta realidad responde a un compromiso pragmático (*pragmatic compromises*), con el fin de recabar el apoyo suficiente para la adopción del Estatuto de Roma, incluso cuando ello pasa por limitar la competencia de la Corte tan sólo a aquellos crímenes²³.

Sin embargo, como bien podemos comprobar, en el listado precedente no están todos lo que son crímenes internacionales, porque son apreciables algunas faltas notables. De ahí que, en cuanto a la cuestión de por qué sólo estos crímenes

²⁰ La cursiva es nuestra.

²¹ Como podemos notar según la literalidad del Art. 5 del Estatuto, quedan excluidos de la lista de crímenes de la competencia de la Corte los actos terroristas, por quienquiera y dondequiera que sean perpetrados y cualesquiera que sean sus formas, métodos o motivos, aun cuando en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional se reconoció que dichos actos constituyen graves crímenes de trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto. El tráfico internacional de drogas ilícitas constituye otro crimen muy grave, que desestabiliza el orden político, social y económico de los Estados, pero tampoco está incluido en la lista de crímenes de la competencia de la Corte. Sin perjuicio de su falta, el Estatuto prevé un mecanismo de revisión que permite extender en el futuro la competencia de la Corte, de conformidad con el artículo 123 del instrumento, en aras de llegar a una definición comúnmente aceptable para los Estados sobre los crímenes de terrorismo para que queden definitivamente comprendidos en la lista de crímenes de la competencia de la Corte. Por tanto, podemos concluir que son crímenes internacionales todos los que están en dicha lista, pero no están todos los que son. En particular, véase el *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/10*.

²² *Ibid.*

²³ CRAWFORD, J., “Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law”, *op. cit.*, pp. 357-359, at p. 359.

y no otros igualmente merecidos de tipificación, cabe afirmar que, a pesar de que los negociadores del Estatuto de Roma barajaron, ciertamente, la posibilidad de introducir otras figuras delictivas — como el terrorismo, el narcotráfico o la toma de rehenes²⁴ —, al final concluyeron que sería preferible tipificar prioritariamente los crímenes considerados universales, o “*core international crimes*” en la doctrina anglosajona²⁵. A modo de ejemplo, entre los crímenes considerados universales, por excelencia debemos tener en cuenta el crimen de piratería, siendo uno de los tipos más antiguos sujetos al ejercicio de la jurisdicción universal, lo cual significa que todos los Estados de la Comunidad internacional tienen un interés legítimo en reprimirlo²⁶.

Ahora bien, en cuanto a los crímenes más graves finalmente incluidos en el Estatuto de Roma, los negociadores mantenían la opinión de que los mismos, o ya se habían tipificado de forma aislada en tratados internacionales, o formaban parte de una práctica ampliamente reconocida por los Estados que les dotaba de la característica propia de una norma consuetudinaria. De ahí que, partían con la ventaja de que su reconocimiento fue universal o *cuasi* universal, en el sentido de que nadie dudaba de su carácter de crímenes internacionales bajo la competencia material de la Corte²⁷. Es, por lo que, en la Conferencia Diplomática de Roma los

²⁴ VON HEBEL, H. y ROBINSON, D., “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 79-126, at pp. 80 y ss.

²⁵ Así los denomina también Elena MACULAN cuando trata de la competencia material de la Corte. Véase MACULAN, E., “La Corte Penal Internacional”, en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (dirs.), *Derecho Penal Internacional*, Madrid: Dykinson, 2016, pp. 79-103, pp. 81 y ss.

²⁶ La represión de la piratería en la alta mar ha sido reconocida en los Arts. 14-22 de la *Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua*, de 29 de abril de 1958 [UNTS, Vol. 516, No. 7477, p. 241]; y también en los Arts. 100-107 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, de 10 de diciembre de 1982 [UNTS, Vol. 1833, No. 31363, p. 3]. Véase AKEHURST, M., “Jurisdiction in International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 46, No. 1, 1972-1973, pp. 145-257, at pp. 161-162.

²⁷ La bibliografía relativa a los crímenes internacionales es muy abundante, por lo que, entre otras contribuciones, pueden consultarse estas: AMBOS, K., “Prosecuting International Crimes at the National and International Level: Between Justice and Realpolitik”, en KALECK, W., RATNER, M., SINGELNSTEIN, T. y WEISS, P. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Berlin: Springer, 2007, pp. 55-68; BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law, Volume I: Sources, Subjects and Contents*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 3ª ed., 2008, pp. 71-203, pp. 205-265 y pp. 267 y ss.; CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2008, pp. 81 y ss.; CLARK, R.S., “Offenses of International Concern: Multilateral State Treaty Practice in the Forty Years Since Nuremberg”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 57, No. 1, 1988, pp. 49-118; CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D. y WILMSHURST, E., “Substantive Law of International Crimes”, en *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 3ª ed., 2014, pp. 203 y ss.; FERENCZ, B.B. y FERENCZ,

Estados participantes llegaron a la posición común de tipificar aquellos crímenes que conformaban el núcleo duro o esencial de los crímenes internacionales, y sin perjuicio de la posible ampliación de la competencia material de la Corte a través de un mecanismo de revisión que permitiera extenderla *pro futuro* a otros tipos²⁸.

No obstante, del examen de los trabajos preparatorios cabe referir que, en aquel momento, se sugirió por las delegaciones de los Estados que el *principio de limitación* de la competencia *ratione materiae* de la Corte, reduciendo los crímenes únicamente a los *core crimes*, contribuiría a la amplia aceptación del Estatuto y a su universalidad, así como a la consiguiente mejora de la credibilidad y autoridad moral de la Corte. También se esgrimieron razones financieras que supondría la ampliación jurisdiccional a otras figuras delictivas, que podrían ser consideradas adecuadamente por los tribunales nacionales de cada uno de los Estados²⁹.

Por lo que se refiere a las demás propuestas de crímenes, no podemos decir que hubiera una aceptación generalizada. Los llamados crímenes convencionales o “*treaty crimes*”, entre los cuales algunas delegaciones mencionaron los crímenes relacionados con el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas narcóticas y sustancias psicotrópicas, la tortura como crimen autónomo, o bien el *apartheid*, no fueron incorporados a la lista de crímenes porque, en palabras de SADAT, su carácter de

D.M., “Criminalising the illegal use of force”, en SCHABAS, W.A. (ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 230-252; GROVER, L., *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 186-219; MÉGRET, F., “International Criminal Justice as a Peace Project”, *European Journal of International Law*, Vol. 29, No. 3, 2018, pp. 835-858; METTRAUX, G., *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 23 y ss.; NAKHJAVANI, S.A., “International Crimes”, *African Guide to International Criminal Justice*, 2008, pp. 55-97; O’KEEFE, R., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 47-84 y pp. 119-165; PASSAS, N., *International Crimes*, Abingdon, Oxon: New York, NY: Routledge, 2016, pp. 3 y ss.; SCHABAS, W.A., “Atrocity crimes (genocide, crimes against humanity and war crimes)”, en SCHABAS, W.A. (ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 199-229; SHELTON, D., *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2000, p. 370; SMEULERS, A. y GRÜNFELD, F., *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations. A Multi and Interdisciplinary Textbook*, International and Comparative Criminal Law Series, No. 32, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 3-35 y pp. 39 y ss.

²⁸ Véase el *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, de 17 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/10*, p. 8.

²⁹ Véase AGNU, *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Asamblea General Documentos Oficiales, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/50/22) [UN Doc. A/50/22(SUPP)], p. 11, para. 54.

“universalidad” podría ser cuestionado³⁰. No obstante, los “crímenes tipificados o previstos en las disposiciones de los tratados”, como una segunda categoría que se contraponía a los crímenes más graves, sí estaban contemplados en el artículo 20 del *Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional*, el cual fue elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)³¹ en el año 1994³². Por lo tanto, a la vista de lo expuesto, podemos colegir que los crímenes del artículo 5 son tipos penales que conforman el núcleo duro de los crímenes internacionales.

Efectivamente, ni el crimen de terrorismo internacional, ni el de piratería, siendo crímenes graves de trascendencia internacional, están incluidos dentro del alcance competencial de la Corte³³. Sin embargo, ante la falta de una tipificación expresa, hay quienes dicen que el crimen de terrorismo puede reconducirse a la figura de los crímenes de lesa humanidad tipificados en el artículo 7 del Estatuto. No obstante, nosotros mantenemos algunas reservas al respecto. A nuestro modo de ver, una afirmación en este sentido no satisfaría los requisitos del principio de legalidad en materia penal, cuya observancia permite garantizar los derechos de los acusados y también contribuye a preservar la seguridad jurídica. De ahí que, la figura del terrorismo internacional no puede ser considerada, *prima facie*, como un subtipo del crimen de lesa humanidad, ya que, para que ello sea posible deben cumplirse necesariamente estos dos elementos: i) que el crimen se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y

³⁰ Véase SADAT, L., “The International Criminal Court”, en SCHABAS, W.A. (ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 137-154, at p. 145.

³¹ La CDI ha sido creada por la Resolución 174 (II) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 21 de noviembre de 1947, sobre el *Establecimiento de una Comisión de Derecho Internacional* [UN Doc. A/RES/174(II)].

³² CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994)*, UN Doc. A/49/10, p. 40. El Art. 20 (*De los crímenes que son de la competencia del Tribunal*) establecía que: «El Tribunal tiene competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) El crimen de agresión; c) Las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados; d) Los crímenes de lesa humanidad; e) Los crímenes tipificados o previstos en las disposiciones de los tratados especificadas en el anexo y que, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional.»

³³ Sobre la propuesta de inclusión de otros crímenes internacionales en el Estatuto de Roma puede consultarse VON HEBEL, H. y ROBINSON, D., “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, *op. cit.*, pp. 79-126.

ii) además que se haga con conocimiento de dicho ataque. Por tanto, se exige un elemento objetivo y otro intencional.

No obstante, el terrorismo se caracteriza por su comisión individualizada, que difícilmente podría considerarse como un ataque generalizado o sistemático, en los términos empleados por la disposición estatutaria. Además, cabe destacar que tampoco se encuentra expresamente mencionado en los subtipos penales del artículo 7, es decir, sus elementos constitutivos no están definidos en el texto del Estatuto. En conclusión, según lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 22 del mismo (*nullum crimen sine lege*), nadie podrá ser penalmente responsable por una conducta, por un crimen de terrorismo, “a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte³⁴.”

De esta manera, la Resolución E del Acta Final aprobada por la *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional* reconocía explícitamente que tanto los actos terroristas, como el tráfico internacional de drogas ilícitas, que constituyen graves crímenes que amenazan la paz y la seguridad internacionales, debían de examinarse *ex post* en una Conferencia de Revisión, de conformidad con el artículo 123 del Estatuto, para “llegar a una definición aceptable y a que queden comprendidos en la lista de crímenes de la competencia de la Corte³⁵.” Así que, las propuestas sobre estos dos crímenes, para su inclusión en el Estatuto, han sido formuladas en el seno del Grupo de Trabajo sobre las Enmiendas de la Asamblea de los Estados Partes³⁶. A partir de estos esfuerzos colectivos, el crimen de terrorismo fue propuesto por los Países Bajos “con objeto de poder eliminar la impunidad en relación con los actos de terrorismo³⁷”; mientras que la introducción del crimen de tráfico internacional

³⁴ Véase el Art. 22 del Estatuto de Roma en su integridad.

³⁵ Las Resoluciones que fueron aprobadas por la *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional* figuran como «Anexo I» al Acta Final, UN Doc. A/CONF.183/10*, pp. 7 y ss.

³⁶ CPI, Asamblea de los Estados Partes, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Enmiendas, Décimo período de sesiones, Nueva York, 12 a 21 de diciembre de 2011*, ICC-ASP/10/32, pp. 2-29.

³⁷ Los Países Bajos presentaron su propuesta de inclusión del crimen de terrorismo en el Estatuto de Roma (Anexo III). La enmienda propuesta al Art. 5 del Estatuto de Roma tenía como finalidad introducir un nuevo tipo, como una nueva letra e), en la lista de crímenes de la competencia de la Corte, en particular, “el crimen de terrorismo”. «A esos efectos, y en ausencia de una definición

de estupefacientes fue propuesta por Trinidad y Tobago y Belice³⁸. Sin embargo, a pesar de la necesidad de estas medidas preparatorias, ninguno de los dos tipos ha sido incluido aún en la lista de crímenes del artículo 5. Lamentablemente, esta situación pervive en la actualidad³⁹.

generalmente aceptable del terrorismo, los Países Bajos proponen que se siga la metodología aceptada en relación con el crimen de agresión, a saber, la inclusión del crimen de terrorismo en la lista de crímenes establecida en el párrafo 1 del artículo 5 del Estatuto y al mismo tiempo la postergación del ejercicio de la competencia sobre este crimen hasta tanto se haya llegado a un acuerdo en cuanto a su definición y a las condiciones para el ejercicio de la competencia sobre el mismo.» Vid. ICC-ASP/10/32, pp. 19-20.

³⁸ Trinidad y Tobago recordó que la propuesta sobre tráfico de drogas (Anexo IV) databa de 1998 y señaló que la enmienda había sido presentada por Trinidad y Tobago y Belice, aunque se trataba de una iniciativa de la Comunidad del Caribe (CARICOM). La enmienda propuesta al Art. 5 tenía por objeto introducir un nuevo tipo delictivo en la lista de crímenes de la competencia de la Corte, “el crimen de tráfico internacional de estupefacientes”, igualmente como una nueva letra e). Vid. ICC-ASP/10/32, pp. 21-22.

³⁹ Pueden consultarse sobre el terrorismo, entre otras, las contribuciones de los siguientes autores: BRENNAN, A.M., *Transnational Terrorist Groups and International Criminal Law*, Abingdon, Oxon: New York, NY: Routledge, 2019, p. 222; CONDE PÉREZ, E. (dir.) e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (coord.), *Terrorismo y Legalidad Internacional*, Madrid: Dykinson, 2012, pp. 27 y ss.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., “Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional relativa a la organización terrorista nacionalista vasca ETA”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, No. 30, 2017, pp. 49-93; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho Internacional*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 181; LAMARCA PÉREZ, C., “Terrorismo, seguridad internacional y Derechos Humanos”, en OLLÉ SESÉ, M. (coord.), *Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional*, Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008, pp. 30-33; MARGARITI, S., *Defining International Terrorism. Between State Sovereignty and Cosmopolitanism*, Berlin: Springer, The Hague: Asser Press, 2017, pp. 27 y ss.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “El desafío jurídico del terrorismo internacional: de la guerra preventiva a la legítima defensa preventiva”, en *Derecho Internacional y Crisis Internacionales*, Madrid: Iustel, 2005, pp. 179-222; VALLES CAVIA, J.A., “¿Nueva Sociedad. Nuevos Terrorismos?: A propósito de algunas cuestiones sin resolver en torno al terrorismo internacional”, en VALLES CAVIA, J.A. (ed.), *Los conflictos armados contemporáneos. Construcción de la paz y derechos humanos*, Madrid: Catarata, 2013, pp. 277-300. Además, véase la propuesta española elaborada por el Colectivo de Víctimas del Terrorismo (COVITE) con la participación del profesor Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, para la inclusión del crimen de terrorismo en la lista de los crímenes del Art. 5 del Estatuto. El informe jurídico fue presentado a la Corte para su consideración en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en Kampala, Uganda, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010. No obstante, la propuesta fue descartada por la Asamblea de los Estados Partes al no reunir el apoyo suficiente para su toma en consideración por la Conferencia de Revisión. El estudio proponía dos vías para incluir el terrorismo entre los crímenes internacionales de la competencia de la Corte. En este sentido, la primera propuesta hacía referencia al terrorismo como un nuevo crimen internacional de carácter independiente, mientras que la segunda lo contemplaba como un subtipo de los crímenes de lesa humanidad. Véase, en particular, el informe conjunto de BOU FRANCH, V. y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. (Una propuesta del Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco, COVITE, para la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional)*, 1ª ed., Burriana: MINIM agencia ediciones, 2009, p. 134, at pp. 117 y ss.

Comunicación al Fiscal de la Corte Penal Internacional, de 17 de febrero de 2010.

Por consiguiente, cuando nos referimos a la competencia *ratione materiae* en el marco del Estatuto, lo hacemos respecto de la pregunta ¿sobre qué crímenes tiene competencia la CPI? La respuesta la encontramos en el propio instrumento; sobre los crímenes más graves para la Comunidad internacional. Este es un punto de partida que explica el *numerus clausus* que contempla el artículo 5⁴⁰, señalando tan sólo a cuatro figuras delictivas susceptibles de investigación y enjuiciamiento ante la Corte⁴¹.

2.1.1. Los crímenes internacionales según el Derecho Internacional

Aun cuando el Estatuto de Roma enuncia los crímenes de la competencia de la Corte, el mismo no contiene una definición de lo que hay que entender por *crimen internacional*⁴². No obstante, existen una serie de elementos característicos, cuya confluencia nos permite construir una definición a los efectos de este trabajo de investigación. Inicialmente, el concepto de “crimen de Derecho Internacional” fue fuertemente marcado por la línea jurisprudencial de los Tribunales Penales

⁴⁰ El párrafo 2 del artículo 5 [«La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.»] fue suprimido de conformidad con la Resolución RC/Res.6, Anexo I, aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010.

⁴¹ En el Estatuto de Roma se emplea el término «actos» de forma general en los artículos 6, 7 y 8, sin que ello haya generado dudas respecto de la inclusión bajo esta misma denominación, tanto de las acciones como de las omisiones, dependiendo ello únicamente de cada tipo penal. Por su parte, los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda emplean igualmente el término «acto» para referirse a los comportamientos, tanto activos como omisivos, que constituyen un crimen bajo su competencia. El mismo término ha sido utilizado, igualmente, en diversos tratados internacionales que, aunque tienen como objeto imponer obligaciones a los Estados, definen conductas típicas de las que se puede derivar responsabilidad penal individual. Esto sucede, por ejemplo, en la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948 [art. 2], y en la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes*, de 10 de diciembre de 1984 [art. 1].

En cuanto a la naturaleza de estos crímenes, nos parece interesante destacar que la ley canadiense *Crimes Against Humanity and War Crimes Act/Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* (S.C. 2000, c. 24, s. 4) establece unas reglas de interpretación propias, en el sentido siguiente: «For greater certainty, crimes described in Articles 6 and 7 and paragraph 2 of Article 8 of the Rome Statute are, as of July 17, 1998, crimes according to customary international law. This does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law.»

⁴² Véase O'KEEFE, R., “The Concept of an International Crime”, en *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 47-84.

Internacionales creados desde mediados del siglo XX, e influenciado también por el sistema anglosajón hacia un concepto bipartito de delito⁴³. Así que, como punto de partida para la identificación de las conductas delictivas que forman parte de esta categoría de hechos ilícitos, debemos, en consecuencia, hacer referencia a los instrumentos jurídicos internacionales en los que se ha ido forjando la expresión de *crimen de Derecho Internacional*⁴⁴.

Siguiendo a la CDI, con la expresión ‘crimen internacional’ o ‘crímenes de Derecho Internacional’ se hace referencia a conductas tipificadas primariamente en el Derecho Internacional, lo cual significa que nos referimos a tipos proscritos por el propio ordenamiento jurídico internacional, con independencia de que los mismos encuentren o no una tipificación como tales en el derecho interno de los Estados que integran la Comunidad internacional. Por tanto, se trata de crímenes internacionales, primeramente, aunque pueden ser reconocidos como *delicta iuris gentium* en los Códigos Penales de los Estados Partes en el Estatuto de Roma. Esta consideración es importante, ya que nos permite afirmar el carácter internacional de estas conductas típicas, siguiendo a criterios de política criminal internacional, con autonomía e independencia de los distintos ordenamientos jurídicos penales que puedan coexistir en el mundo⁴⁵. De ahí que, según lo que acabamos de decir, más que de un Derecho Penal Internacional, lo propio sería hablar de un Derecho Internacional Penal⁴⁶.

⁴³ Este concepto distingue, por una parte, entre los hechos que fundamentan la responsabilidad penal individual (*offence*), que se componen de un aspecto externo (*actus reus*) y otro interno (*mens rea*); y, por otra, las circunstancias que excluyen la responsabilidad (*defences*). Entre estas últimas, no sólo se cuentan las circunstancias materiales modificativas de la responsabilidad penal, como las eximentes de pena –por ejemplo, la legítima defensa o el estado de necesidad–, sino también los obstáculos de carácter procesal para la persecución del delito –como, por ejemplo, la minoría de edad penal o la prescripción–. Véase WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., 2011, pp. 245 y ss.

⁴⁴ ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, *Recueil des Cours*, Vol. 280, 1999, pp. 135-428, at pp. 293-296.

⁴⁵ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017), UN Doc. Suplemento No. 10 (A/72/10), pp. 199-200, paras. 15-16.

⁴⁶ Sobre la diferencia conceptual entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal, véase MEJÍA AZUERO, J.C., “Diferencias entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal”, *Prolegómenos. Derechos y Valores. Universidad Militar Nueva Granada*, Vol. 11, No. 22, 2008, pp. 181-217.

La expresión crimen o delito de Derecho Internacional ha sido utilizada en la enunciación de los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Núremberg*, formulados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950⁴⁷, y también en el *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de 1954⁴⁸. En el texto aprobado por la Comisión en 1996, ésta empleaba en el párrafo segundo del artículo 1 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* la expresión “crímenes de derecho internacional”, entendiendo por tal que “el derecho internacional es la base para la tipificación penal” de dichos crímenes y también que “la prohibición de esas categorías de comportamiento y su punibilidad son consecuencia directa del derecho internacional⁴⁹”. De la cláusula del apartado segundo de la norma se deriva “la autonomía del derecho internacional en la tipificación penal” de estos crímenes⁵⁰ y la circunstancia de que “la tipificación o falta de tipificación de una

⁴⁷ En este sentido, el Principio I de los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por la Sentencia del Tribunal de Núremberg* establece que: «Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción.» El texto auténtico de estos Principios se recoge íntegramente en ILC, *Yearbook of the International Law Commission* 1950, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1950/Add.1, pp. 374-378, para. 95 et seq. En su quinto período de sesiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por 42 votos a favor y 6 abstenciones la Resolución 488 (V), de 12 de diciembre de 1950, sobre la *Formulación de los Principios de Núremberg* [UN Doc. A/RES/488(V)], invitando a los Gobiernos de los Estados miembros a que presentaran sus observaciones acerca de la formulación de los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Núremberg*. La AGNU pidió a la Comisión que al preparar el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* [Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994), UN Doc. A/49/10, pp. 28 y ss.], tuviera en cuenta las observaciones presentadas por las delegaciones acerca de esa formulación y además cualesquiera observaciones que pudieran formular los Gobiernos con posterioridad. AGNU, Resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, *Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg* [UN Doc. A/RES/95(I)].

⁴⁸ Véase el Art. 1 del *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de 1954, en el que la CDI dice: «Los delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, definidos en el presente código, son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables.» ILC, *Yearbook of the International Law Commission* 1954, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1954/Add.1, Document A/2693, pp. 149-152, at p. 150. Por su parte, el párrafo 2 del Art. 1 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, aprobado por la Comisión en 1996, declara que: «Los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional.» CDI, *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (6 de mayo-26 de julio de 1996), UN Doc. A/51/10, p. 19, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1996, Vol. II, Segunda Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(Part 2).

⁴⁹ Véase el párrafo 6) del comentario al Art. 1 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, UN Doc. A/51/10, p. 20.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 9), p. 20.

categoría determinada de comportamiento como penal con arreglo al derecho nacional no surte efecto sobre la tipificación de esta categoría de comportamiento como penal con arreglo al derecho internacional⁵¹". En definitiva, esta distinción entre la tipificación como crimen de conformidad con el derecho nacional o como crimen de Derecho Internacional tiene una importancia destacada, en el sentido de que los regímenes jurídicos correspondientes a cada tipificación suelen diferir.

Por lo que respecta al Estatuto de Roma, éste sigue un concepto propio de crimen, configurado por los elementos de la teoría del delito propios del *Common Law* y del sistema jurídico continental europeo, uniéndolos con el fin de elaborar conceptos jurídicos propios y, en particular, un concepto de crimen autónomo⁵². Sin perjuicio de esta realidad, el Estatuto no dedica ninguna de sus normas para dar un concepto propio de crimen, sino que define separadamente a cada una de las categorías delictivas en los artículos 6, 7, 8 y 8 *bis*. De esta manera, cada uno de estos preceptos contiene los elementos materiales del tipo delictivo de que se trate.

Por consiguiente, la expresión "crimen internacional" que utilizaremos en nuestro trabajo vincula, directa y principalmente, a la enumeración de crímenes

⁵¹ *Ibid.*, párrafo 10), p. 20.

⁵² En consecuencia, el Estatuto de Roma se caracteriza por renunciar al uso de conceptos jurídicos existentes, derivados de los dos grandes sistemas jurídicos. Pues, si fuera el caso, la adopción de conceptos propios de tales sistemas implicaría la necesidad de interpretarlos según los criterios propios de las jurisdiccionales nacionales. Es, por ello que, el Estatuto de Roma utiliza conceptos jurídicos autónomos, aunque el precio a pagar sea la necesidad de precisar muchas reglas a través de la práctica de la Corte. A modo de ejemplo, en el texto estatutario no podemos encontrar la referencia a conceptos, tales como: *actus reus* y *mens rea*. Sobre dicha cuestión puede consultarse AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, München: C.H. Beck, 2ª ed., 2008, § 7, núm 2; DÖRMANN, K. y KRESS, C., „Verfahrens- und Beweisregeln sowie Verbrechenselemente zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs: Eine Zwischenbilanz nach den ersten zwei Sitzungen der Vorbereitungskommission für den Internationalen Strafgerichtshof“, *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften*, No. 4, 1999, pp. 200-212. Mientras que la rúbrica de la Parte III del Estatuto (*De los principios generales de Derecho Penal*) insinúa una cierta afinidad idiomática con el *Common Law*, la caracterización de las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal enunciadas en el Art. 31 del mismo se acerca más a los conceptos propios del sistema continental europeo. Véase ESER, A., „Article 31: Grounds for excluding criminal responsibility“, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, München/Oxford/Baden-Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2ª ed., 2008, pp. 863-893, at pp. 871 y ss., para. 17. Además de esta conexión con la terminología europea, existe una notable proximidad con la hermenéutica francesa [véase al respecto MANACORDA, S., „Die allgemeine Lehre von der Straftat in Frankreich: Besonderheiten oder Lücken in der französischen Strafrechtswissenschaft?“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1998, pp. 124 y ss., at p. 125] en cuanto al empleo de conceptos como «élément matériel» y «élément psychologique» en el Art. 30 del Estatuto de Roma.

que encontramos en el artículo 5 del Estatuto con el Derecho Internacional. Ello es una muestra y garantía de que la definición de cada uno de estos crímenes se entenderá **de conformidad con el Derecho Internacional**, es decir, con arreglo a lo estipulado en las normas internacionales y sin que sea relevante la expresión o tipificación que puedan encontrar tales crímenes en el derecho interno.

El origen de una responsabilidad penal a título individual por la comisión de crímenes internacionales lo situamos en los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Núremberg*, a los que hemos hecho referencia antes. El Principio I manifiesta que: “[a]ny person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment.” La operatividad de este principio deriva del artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Núremberg, sobre el que cabe indicar que se dirigía únicamente a las personas que actuaban en interés de los llamados países del Eje europeo, aunque su formulación por la Comisión parte de un entendimiento más generalista. En virtud de este principio, el Derecho Internacional puede imponer deberes (*duties*) y obligaciones (*liabilities*) directamente a las personas sin ninguna interposición del derecho interno de los Estados⁵³. En las palabras de HONRUBIA sobre la incriminación internacional del individuo, efectivamente, “certains actes réalisés par les individus, dans la mesure où ils sont contraires à certaines normes de droit international, leur sont imputables et impliquent leur responsabilité pénale dans le cadre de ce système juridique⁵⁴.”

Desde el punto de vista doctrinal, CASSESE define el ‘crimen internacional’ como “breaches of international rules entailing the personal criminal liability of

⁵³ En sus comentarios autorizados, la Comisión establece: «The general rule underlying Principle I is that international law may impose duties on individuals directly without any interposition of internal law. The findings of the Tribunal were very definite on the question whether rules of international law may apply to individuals. “That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States”, said the judgment of the Tribunal, “has long been recognized”. It added: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provision of international law be enforced.”» ILC, *Yearbook of the International Law Commission* 1950, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1950/Add.1, p. 374, para. 99. Véase también *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946*, Nuremberg, 1947, Vol. I, p. 223.

⁵⁴ ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, *op. cit.*, pp. 172-175, en especial p. 172.

the individuals concerned⁵⁵.” A partir de esta definición, podemos desglosar dos conceptos clave: por un lado, la existencia de un hecho culpable, típico y punible conforme al Derecho Internacional que, como consecuencia de su comisión, dará lugar, por otro lado, al nacimiento de una responsabilidad penal individual de la persona presuntamente culpable. Por tanto, se trata de la estricta responsabilidad del individuo, en contraposición a la responsabilidad propia de los Estados en el ámbito internacional, para el que el individuo podría actuar como órgano bajo la dirección o el control de ese Estado⁵⁶.

⁵⁵ CASSESE, A., *International Criminal Law*, op. cit., pp. 11-13.

⁵⁶ El Art. 19 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, aprobado por la Comisión hasta 1976, dentro del Capítulo III (*La violación de una obligación internacional*), establecía una lista de hechos que debían entenderse a los efectos del proyecto como *crímenes y delitos internacionales*. El párrafo segundo establecía que «[e]l hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.» El último párrafo del precepto añadía además que «[t]odo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2, constituye un delito internacional.» Esta graduación nos permite entender que la categoría de los crímenes internacionales representa una transgresión de mayor entidad que la que podría suponer un delito ordinario. El párrafo tercero del Art. 19 establecía la siguiente lista de *crímenes internacionales*, afirmando: «Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:

- a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;
- b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;
- c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*;
- d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.»

Como se reconocía en los comentarios relativos al Art. 19, «esta cuestión constituye uno de los puntos más delicados de la tarea que se ha de realizar dentro del marco de la codificación de las normas generales del derecho internacional relativas a la responsabilidad de los Estados». Véase CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II, Segunda Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1976/Add.I(Part 2), pp. 71 y ss., at pp. 73 y ss. Para los comentarios al Art. 19, véase pp. 94 y ss., at p. 95, para 6. Finalmente, la propuesta de este artículo fue rechazada por los Estados y no se ha incluido en la versión final del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, aprobado por la Comisión en 2001 en segunda lectura, en concreto, en el 53º período de sesiones. La Asamblea General tomó nota de los Artículos. Véase AGNU, Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, sobre la *Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, que contiene como Anexo el *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* [UN Doc. A/RES/56/83]. Procede señalar que el segundo Relator Especial, Roberto AGO (Italia), sobre el tema, había realizado una categorización de los hechos internacionalmente ilícitos, distinguiendo, como hemos dicho, entre crímenes internacionales y delitos internacionales, que fue posteriormente abandonada, porque, como reconoce James CRAWFORD, la idea de responsabilizar a un Estado por un “crimen” seguía

Siguiendo la noción de crimen internacional de CASSESE, podemos extraer una serie de elementos cumulativos característicos de su definición⁵⁷. En primer lugar, la comisión de una de estas conductas supone, necesariamente, la violación del Derecho Internacional, independientemente de su carácter consuetudinario o convencional. En segundo lugar, los crímenes protegen intereses fundamentales que afectan a la Comunidad internacional en su conjunto, entendiéndose que son oponibles a cualquier individuo. Por último, todos, tanto los individuos como los Estados, comparten un interés común en reprimir estas conductas, precisamente por la naturaleza tan grave del acto criminal. A partir de ese momento cobra todo su sentido la cuestión de la responsabilidad penal individual. En consecuencia, podemos concluir que, como resultado de la clasificación propuesta, el origen de dicha responsabilidad se fundamenta en cualquier ilícito internacional atribuible al individuo, y que, con arreglo al Derecho Internacional, recibe el calificativo de crimen de Derecho Internacional⁵⁸.

Por el contrario, en lo que atañe a la posición de SCHEFFER, éste no se refiere a estas conductas reprochables como 'crímenes internacionales', sino que lo hace formulando una nueva propuesta de denominación mediante el término '*atrocities crimes*'⁵⁹. En este mismo sentido se incardina la posición que sostiene SCHABAS⁶⁰, con el fin de hacer notar el carácter, la diversidad y la magnitud de los crímenes que han ocupado la atención de los Tribunales Penales Internacionales en general.

y sigue siendo muy cuestionable. Se trataba de evitar, entre otras cosas, la connotación penal de este término respecto de un Estado. Véase sobre esta cuestión a CRAWFORD, J., "Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law", *op. cit.*, pp. 201-204; *Ibid.*, "Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", *Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*, 2009, p. 7. Asimismo, sobre la cuestión de la responsabilidad de los Estados por crímenes internacionales, en particular, puede consultarse a BENNOUNA, M., "La responsabilité des Etats pour crimes internationaux", en "Le droit international entre la lettre et l'esprit. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, Vol. 383, 2016, pp. 9-231, at pp. 111-122. Sobre la distinción entre responsabilidad «criminal» y responsabilidad «delictiva», véase CDI, *Primer informe sobre la responsabilidad de los Estados*, del Sr. James Crawford, Relator Especial, UN Doc. A/CN.4/490, pp. 10 y ss.

⁵⁷ CASSESE, A., *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁸ ABELLÁN HONRUBIA, V., "La responsabilité internationale de l'individu", *op. cit.*, p. 296.

⁵⁹ Aparentemente, este término fue propuesto primeramente por SCHEFFER, D., "Genocide and Atrocity Crimes", *Genocide Studies and Prevention. An International Journal*, Vol. 1, No. 3, 2006, pp. 229-250.

⁶⁰ SCHABAS, W.A., "Atrocity crimes (genocide, crimes against humanity and war crimes)", en SCHABAS, W.A. (ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, *op. cit.*, pp. 199-213.

Por último, siguiendo al Instituto de Derecho Internacional, se entenderán por “crímenes internacionales” las violaciones graves del Derecho Internacional, tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la tortura y los crímenes de guerra, en el sentido estipulado por los respectivos tratados, así como por los estatutos y la práctica jurisprudencial de los Tribunales Penales Internacionales⁶¹. Según esta definición, quedan automáticamente excluidos los delitos ordinarios y los que no tengan la consideración de delitos graves.

A continuación, pasamos a desarrollar brevemente las características y los elementos materiales de cada uno de los crímenes de la competencia de la Corte de forma separada, siguiendo el orden de su tipificación en el Estatuto de Roma.

2.1.2. *El crimen de genocidio*

El genocidio⁶² es el primero de los crímenes tipificados en el artículo 5 del Estatuto de Roma y definido legalmente en el artículo 6, siendo una de las figuras más claras y aceptadas universalmente por los Estados⁶³. El crimen de genocidio es, por tanto, el primero de los tipos penales que integran la llamada *Parte Especial*

⁶¹ IIL, *Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes*, Napoli Session, Vol. 73, 2009, Art. I, para. 1.: «For the purposes of this Resolution “international crimes” means serious crimes under international law such as genocide, crimes against humanity, torture and war crimes, as reflected in relevant treaties and the statutes and jurisprudence of international courts and tribunals.»

⁶² Según el Diccionario de la Real Academia Española, en una primera aproximación al término, podemos entender por *genocidio* el «[e]xterminio o eliminación sistemática de un grupo humano por motivo de raza, etnia, religión, política o nacionalidad» [consulta del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española realizada el 6 de febrero de 2019].

⁶³ Véase RIQUELME ORTIZ, C., “Los Crímenes Internacionales y los Mecanismos de Sanción en América Latina”, en BOEGLIN, N., HOFFMANN, J. y SÁINZ-BORGO, J.C. (eds.), *La Corte Penal Internacional: Una perspectiva latinoamericana*, Madrid: Instituto BERG, 2014, pp. 209-250, at p. 217. Asimismo, puede consultarse BOU FRANCH, V.E., “La regulación del genocidio en el Derecho Internacional y en el Derecho español”, en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *Conflictos armados: de la vulneración de los Derechos Humanos a las Sanciones del Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 21-60; *Ibid.*, “El crimen de genocidio”, en TORRES BERNÁRDEZ, S. (coord.), *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXI. Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid: Iprolex, 2013, pp. 667-686; CERVELL HORTAL, M.J., “Los Estados ante el genocidio: prevención, crimen y castigo”, en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *Conflictos armados: de la vulneración de los Derechos Humanos a las Sanciones del Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 89-119; METTRAUX, G., *International Crimes: Law and Practice, Volume I: Genocide*, Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 544.

del Estatuto, y, en particular, del Derecho Internacional, en general⁶⁴. El artículo 6 encuentra su precedente más inmediato en el artículo II de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 9 de diciembre de 1948⁶⁵. Aunque, dos años antes de la adopción de esta Convención, el 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas ya había declarado unánimemente por medio de la Resolución 96 (I), titulada “*El crimen de genocidio*”, la siguiente idea:

«El genocidio es una *negación del derecho de existencia* a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos, y es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas⁶⁶.»

Desde los orígenes del ordenamiento internacional penal contemporáneo, el crimen de genocidio se ha configurado como un tipo penal que integra la Parte Especial del Derecho Internacional Penal. Como tal, ha estado presente en los dos Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda⁶⁷, aunque no así en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de

⁶⁴ El objeto de este epígrafe sobre la competencia material de la Corte es introducir a cada uno de los crímenes del Art. 5 del Estatuto, comenzando con el primero de ellos, el crimen de genocidio. Para un análisis jurídico-penal más exhaustivo sobre esta figura delictiva, poniendo de manifiesto los problemas que plantea su interpretación y aplicación en la *praxis*, puede consultarse la obra de FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

⁶⁵ *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948. El texto de la Convención fue adoptado por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948 [UN Doc. A/RES/260(III)]. La Convención entró en vigor generalmente el 12 de enero de 1951, y para España en particular el 13 de diciembre de 1968 [BOE, núm. 34, de 8 de febrero de 1969]. El término *genocidio* fue acuñado y definido en los años 40 por el jurista polaco Rafael LEMKIN, quien es considerado como “el padre” del crimen. Según él, el término proviene de la palabra griega γένος ‘raza’ (génos) y latina cide ‘estirpe’ (cidio). No obstante, el concepto de genocidio que encontramos en la Convención y que comparte el Art. 6 del Estatuto de Roma no coincide con el construido en su momento por LEMKIN, quien lo entendía como la destrucción de un grupo étnico o de una nación entera, es decir, en un sentido más amplio y no tan restringido, como sigue: «La puesta en práctica de acciones coordinadas que tienden a la destrucción de los elementos decisivos de la vida de los grupos nacionales, con la finalidad de su aniquilamiento.» Véase LEMKIN, R., *Genocidio. Escritos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Civitas Nueva Época, 2015, pp. 87-88; también FRIEZE, D.-L. y GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J., *Totalmente Extraoficial. Autobiografía de Raphael Lemkin*, Madrid: Instituto BERG, 2018, p. 391.

⁶⁶ AGNU, Resolución 96 (I), de 11 de diciembre de 1946, sobre *El crimen de genocidio* [UN Doc. A/RES/96(I)]. Énfasis añadido.

⁶⁷ Véanse los Arts. 4 y 2 (*Genocidio*), respectivamente. Sobre el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, véase la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, UN Doc. S/RES/827 (1993); y sobre el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la aprobación de su

Núremberg⁶⁸, como sí lo están los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad⁶⁹. Esta ausencia se debe, fundamentalmente, a que, como ya hemos dicho, la Comunidad internacional acuerda una definición de lo que debe entenderse por *genocidio* en el año 1948, mientras que el Estatuto del Tribunal de Núremberg es anterior en el tiempo.

A los efectos del Estatuto de Roma, se entenderá por genocidio, cualquiera de los actos típicos de los apartados a) al e) (elemento intelectual o *tipo objetivo*), perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal (elemento volitivo o *tipo subjetivo*, o *mens rea*)⁷⁰. Los actos genocidas o modalidades típicas del crimen son exclusivamente éstas:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

Estatuto, véase la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, UN Doc. S/RES/955 (1994). Además, puede consultarse BOU FRANCH, V.E., “El crimen de genocidio según el Tribunal Internacional Penal para Ruanda”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 17, 2005, pp. 133-158.

⁶⁸ Véase el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*. El Acuerdo se firmó en Londres el 8 de agosto de 1945 por el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y también por el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, UNTS, No. 251, 1951.

⁶⁹ Esta ausencia se debe fundamentalmente al hecho de que, en 1945 la Comunidad internacional no había encontrado todavía una definición generalmente aceptable para los Estados, aunque ya LEMKIN había definido el genocidio. Se trata de un momento muy temprano donde el crimen de genocidio se encontraba todavía en una fase de formación. No olvidemos que la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* se adoptó el 9 de diciembre de 1948, tres años más tarde a la creación del Tribunal de Núremberg.

⁷⁰ En palabras de BUENO ARÚS, esta afirmación supone la concurrencia de un elemento intelectual o de conocimiento, que implica que la persona actúe a sabiendas, y de un elemento volitivo o de intención, relativo al deseo o voluntad de producir un resultado concreto en el curso normal de los acontecimientos. BUENO ARÚS, F., “Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998”, en QUEL LÓPEZ, J. (ed.), *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, No. 4, Madrid: AEPDIRI, BOE, 2000, pp. 117-132, at p. 125. Por lo que se refiere a los elementos esenciales del crimen de genocidio y de éste como figura delictiva en el Estatuto de Roma, remitimos nuestras explicaciones a la obra de FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 33 y ss.

e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Siguiendo la definición de genocidio que nos brinda el Estatuto de Roma, la delimitación, tanto de los ataques genocidas, como de los grupos protegidos, tiene carácter de *numerus clausus*, es decir, está regulada taxativamente. Fuera de estos grupos, entendemos que ninguna otra conducta delictiva atípica puede ser considerada como genocidio, ni tampoco subsumida en la figura del crimen que estamos tratando. Y, ello, por el más escrupuloso respeto al principio de legalidad penal. No obstante, podemos observar que la legislación penal española consagra este crimen en un sentido considerablemente más amplio⁷¹. De esta manera, el Estatuto contempla un concepto de genocidio más restringido que el inicialmente ideado por LEMKIN, quien se inclina por una definición de genocidio más amplia.

En lo que concierne al bien jurídico protegido por el crimen de genocidio, éste es el grupo considerado como colectividad — grupo nacional, étnico, racial o religioso —, quien es el titular último de ese bien jurídico supraindividual. De ello se deriva que el Estatuto no tutela a las personas consideradas individualmente, como integrantes de dicho grupo, sino al grupo como tal⁷².

Así que, el bien jurídico tutelado por el crimen de genocidio son los grupos como colectividad, que por tanto debe tratarse de grupos estables y permanentes con unas características determinadas: nacionales, étnicas, raciales o religiosas⁷³.

⁷¹ La legislación penal española se aparta del concepto y la tipificación internacionales, ampliando los grupos protegidos por el tipo, y refiriéndose a un grupo «determinado por la discapacidad de sus integrantes» [art. 607 CP]. Por lo tanto, el Código Penal amplía el objeto del crimen a un nuevo grupo que, sin embargo, no está incluido en la redacción del Art. 6 del Estatuto de Roma. Además de ampliar el objeto, el Código Penal Español amplía los supuestos o actos genocidas, refiriéndose a los «desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción». Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995].

⁷² Por lo que concierne a la integridad del grupo nacional, étnico, racial o religioso, tratándose del bien jurídico protegido por el crimen, véase FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, op. cit., pp. 139 y ss.

⁷³ En principio, siguiendo a KRESS y WERLE, puede afirmarse que un *grupo nacional* es el conjunto de personas que comparten un vínculo jurídico basado en la ciudadanía, junto con la reciprocidad de sus derechos y deberes; un *grupo étnico* es aquél, cuyos miembros comparten una lengua o una cultura común; la definición convencional de *grupo racial* se basa en los rasgos físicos hereditarios, a menudo identificados con una región geográfica, con independencia de los factores lingüísticos, culturales, nacionales o religiosos; y, por último, el *grupo religioso* se caracteriza por sus miembros,

Tanto la Convención como el Estatuto mantienen excluidos a los *grupos políticos*, ya que los mismos no se consideran grupos humanos estables con características compartidas y entidad propia⁷⁴. Mientras que la etnia, la nacionalidad, la raza y la religión pueden ser condiciones ligadas a la creación humana y a la integración en un grupo, al que sus miembros pertenecen por nacimiento⁷⁵. Por consiguiente, la forma de lesionar el bien jurídico es mediante la destrucción física, ya sea total o parcial, del grupo, también denominado *exterminio* del grupo.

A este respecto, por tratarse de un término empleado frecuentemente a la hora de hablar de exterminio o de erradicación de un grupo de un territorio, como sucedió en el genocidio de los Balcanes⁷⁶, la denominada como “limpieza étnica” (*ethnic cleansing*) no puede ser considerada, *ipso facto*, como genocidio. Ello es así porque la limpieza étnica no es necesariamente equivalente a la destrucción física del grupo protegido, aunque sí podría englobar conductas genocidas típicas del crimen que estamos estudiando⁷⁷.

«[W]hether a particular operation described as ‘ethnic cleansing’ amounts to genocide depends on the presence or absence of acts listed in Article II of the Genocide Convention, and of the intent to destroy the group as such. In fact, in the context of the Convention, the term ‘ethnic cleansing’ has no legal significance of its own. That said, it is clear that acts of ‘ethnic cleansing’ may occur in parallel to

que comparten la misma religión o forma de adoración, lo cual significa que los ateos no están considerados como grupo protegido a los efectos del crimen de genocidio. Puede consultarse GIL GIL, A. y MACULAN, E., *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 352; así como, también, KRESS, C., “The Crime of Genocide under International Law”, *International Criminal Law Review*, Vol. 6, No. 4, 2006, pp. 461-502, at p. 479; WERLE, G. y JESSBERGER, F., *Principles of International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 2014, pp. 289-326.

⁷⁴ Además de que no es lo mismo proteger a un grupo político, porque las convicciones políticas se forman en una etapa posterior de la vida humana, y no son condiciones ligadas estrictamente a la creación humana.

⁷⁵ Aparte de los textos legales que analizamos, la jurisprudencia internacional también ha dejado claro que el crimen de genocidio protege tan sólo a grupos humanos estables y permanentes en el tiempo, de tal manera que en el estado actual del Derecho Internacional Penal no se considera genocidio la destrucción total o parcial de un grupo cultural, económico o político. La destrucción de tales grupos trasciende la idea misma de “genocidio”.

⁷⁶ ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Chamber, Judgment of 2 August 2001 (Case No. IT-98-33-T), paras. 562 y 578.

⁷⁷ Cuando no se pretende el exterminio del grupo, este fenómeno debe ser reconducido a la figura de los crímenes de lesa humanidad o, en su caso, a los crímenes de guerra. Véanse, en este sentido: AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 1 y ss.; BASSIOUNI, M.C. y MCCORMICK, I., *Sexual Violence. An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, Chicago: International Human Rights Law Institute, DePaul University, 1996, pp. 5 y ss.; GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 229 y ss.

acts prohibited by Article II of the Convention, and may be significant as indicative of the presence of a specific intent (*dolus specialis*) inspiring those acts⁷⁸.»

El genocidio se puede cometer solamente cuando hay una intención clara de “destruir total o parcialmente” a alguno de los grupos antes mencionados (*the mens rea of genocide*)⁷⁹. Debe haber, por tanto, un *dolus specialis* o una intención específica de destruir el grupo, aunque el móvil con el que actúa el autor, esto es, la razón que le impulsa a cometer el acto genocida puede ser cualquiera (motivos racistas, políticos, xenófobos), ya que ello es irrelevante para la consumación del crimen de genocidio⁸⁰. En todo caso, lo que es relevante es que haya una intención genocida, no el motivo que está detrás de esa intención. Ésta es la diferenciación fundamental del genocidio respecto de los crímenes de lesa humanidad⁸¹, con los que aquél ha sido erróneamente equiparado. Cuando, en realidad, se trata de dos figuras delictivas diferentes y con finalidades también distintas.

El genocidio es un crimen de resultado. Es decir, para la consumación del tipo es necesario que se produzca la muerte al menos de uno de los miembros del grupo protegido, aunque la intención genocida tiene que formar parte de un plan

⁷⁸ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment of 3 February 2015, ICJ Reports 2015, p. 3, at p. 72, para. 162; ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, ICJ Reports 2007, p. 43, at p. 122, para. 190. Igualmente, ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-3, para. 143 *et seq.*: «[t]he distinction between genocidal intent and persecutory intent is pivotal in cases of ethnic cleansing, a practice consisting of “rendering an area ethnically homogenous by using force or intimidation to remove persons of given groups from the area”.»

⁷⁹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *op. cit.*, p. 62, para. 132.

⁸⁰ ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Appeals Chamber, Judgement of 5 July 2001 (Case No. IT-95-10-A), para. 49: «The Appeals Chamber further recalls the necessity to distinguish specific intent from motive. The personal motive of the perpetrator of the crime of genocide may be, for example, to obtain personal economic benefits, or political advantage or some form of power. The existence of a personal motive does not preclude the perpetrator from also having the specific intent to commit genocide. In the *Tadić* appeal judgement the Appeals Chamber stressed the irrelevance and “inscrutability of motives in criminal law”.» Véase, asimismo, ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Chamber, Judgement of 15 July 1999 (Case No. IT-95-1-A), p. 120, para. 269.

⁸¹ «The “intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group as such” is the essential characteristic of genocide, which distinguishes it from other serious crimes. It is regarded as a *dolus specialis*, that is to say a specific intent, which, in order for genocide to be established, must be present in addition to the intent required for each of the individual acts involved (I.C.J. Reports 2007 (I), p. 121, para. 187).» Véase ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *op. cit.*, para. 132.

dirigido a destruir una parte sustancial del grupo. El genocidio es, además, un crimen de consumación anticipada que no exige que se destruya el grupo, total o parcialmente, para que se dé por consumado el resultado. Basta con la realización de una sola de las conductas típicas que encontramos en el artículo 6, y que vaya dirigida contra uno de los miembros del grupo que se pretende destruir⁸².

Dada la condición de que el plan se dirija a destruir, total o parcialmente, al grupo de que se trate, ello excluye la posibilidad de que la muerte de uno solo de los miembros de ese grupo pueda ser calificado como genocidio. Es necesaria la afección de una parte sustancial del grupo por la conducta genocida. Por tanto, la muerte aislada de un solo miembro del grupo no es suficiente para consumir el crimen de genocidio. En todo caso, es imprescindible que exista una intención muy clara, individual (autoría) o colectiva (coautoría), de producir la muerte del resto de los miembros que integran el grupo hasta su destrucción, total o parcial.

Todas las modalidades típicas del artículo 6 son dolosas y deben cometerse por el autor intencionadamente, *in aliis verbis*, con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen⁸³. A la luz del artículo 30, “una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen *se realizan con intención y conocimiento* de los elementos materiales del crimen⁸⁴.” Como consecuencia del

⁸² En efecto, se trata de la opinión dominante entre los redactores de la Convención de Genocidio, según los que la muerte de un solo miembro del grupo podía considerarse un acto de genocidio siempre que formase parte de una cadena planificada de actos dirigidos a la destrucción o a la eliminación del grupo que se quiere destruir. TAMARIT SUMALLA, J. *et al.*, *Justicia de Transición, Justicia Penal Internacional y Justicia Universal*, Barcelona: Editorial Atelier, 2010, pp. 23 y ss. [Libro electrónico]. Según los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) de la Sexta Comisión: «The *Ad Hoc Committee* had expressed the view that the death of an individual could be considered as an act of genocide if it was part of a series of similar acts aiming at the destruction of the group to which that individual belonged.» Vid. Sixth Committee, 3rd Session, *Official Records of Eighty-first meeting, held at Palais de Chaillot, Paris, on Friday, 22 October 1948* [UN Doc. A/C.6/SR.81], p. 176.

⁸³ Sobre los elementos del crimen de genocidio, véase el texto de los Elementos de los Crímenes, Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2. El texto de los Elementos de los Crímenes adoptados en la Conferencia de Revisión de 2010 se reproduce de Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11).

⁸⁴ Se trata del *elemento de intencionalidad* según el Art. 30 del Estatuto de Roma, que comprende la intención (querer llevar a cabo la conducta típica) y el conocimiento (comprender el alcance de la misma). La cursiva es nuestra.

elemento de intencionalidad, el autor material del crimen de genocidio tiene que comprender lo que está haciendo (conocimiento⁸⁵) y querer llevar a cabo los actos criminales (intención⁸⁶). Además, en el transcurso de su actuación aquél tiene que realizar la conducta típica con el elemento intencional o la voluntad de causar los resultados prohibidos por el tipo penal: destruir el grupo⁸⁷.

Siguiendo la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croatia v. Serbia)*⁸⁸, el *dolus specialis* debe estar presente siempre junto con la intención requerida para cada uno de los actos individuales⁸⁹.

2.1.3. Los crímenes de lesa humanidad

Los crímenes contra la humanidad, también denominados *crímenes de lesa humanidad* por seguir la hermenéutica del Estatuto de Roma, se refieren a un tipo

⁸⁵ «A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido» [art. 30.3 del Estatuto de Roma].

⁸⁶ «[S]e entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos» [art. 30.2 del Estatuto de Roma].

⁸⁷ «As a result, the Majority considers that the crime of genocide is comprised of two subjective elements: i. a general subjective element that must cover any genocidal act provided for in article 6(a) to (e) of the Statute, and which consists of article 30 intent and knowledge requirement; and ii. an additional subjective element, normally referred to as “*dolus specialis*” or specific intent, according to which any genocidal acts must be carried out with the “intent to destroy in whole or in part” the targeted group.» Véase ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-3, para. 139. Véanse también KRESS, C., “The Darfur Report and Genocidal Intent”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, No. 3, 2005, pp. 562-578, en particular at pp. 565-572; SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law. The Crimes of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 2ª ed., 2009, pp. 241-306, at pp. 241-264.

⁸⁸ Aunque parece obvio, no es una función propia de la Corte Internacional de Justicia depurar la responsabilidad penal de los individuos responsables de la comisión de crímenes internacionales, como es el crimen de genocidio, aunque es innegable la importantísima función que desempeña en la interpretación de los tratados internacionales y en la resolución judicial de las disputas entre Estados, y sólo entre Estados, como es el presente caso entre Croacia y Serbia. En este último, la Corte tuvo que interpretar disposiciones de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, con el objetivo de determinar la responsabilidad internacional de Croacia y de Serbia en el marco de ésta.

⁸⁹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *op. cit.*, para. 132.

penal que puede ser visto como una extensión de los crímenes de guerra, aunque técnicamente no lo fueran. Mediante esta figura delictiva se protegen igualmente bienes jurídicos personalísimos de la persona frente a un ataque generalizado o sistemático contra esos bienes. Se trata de un concepto que ha evolucionado a lo largo de la historia, aunque si tenemos que posicionarlo en un momento concreto su consolidación se situaría a partir de la Segunda Guerra Mundial. En esta etapa, crímenes que recibían el tratamiento de crímenes de guerra no eran formalmente tales, pues existía una falta de tipificación penal respecto de los crímenes que aquí estamos tratando. Esta figura se ha consolidado posteriormente con la aparición de la normativa y la práctica de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* que contemplaban el crimen de lesa humanidad en sus Estatutos⁹⁰.

A diferencia del crimen de genocidio que ya hemos tratado *supra* y de los crímenes de guerra que estudiaremos *infra*, los crímenes de lesa humanidad no han sido codificados y recogidos en un tratado internacional⁹¹. Esta circunstancia añade una dificultad adicional a la hora de configurar su contenido material en el Estatuto de Roma. Es, por tanto, que, a la hora de referirnos a la regulación que

⁹⁰ Véase el Art. 5 (*Crímenes contra la humanidad*) y el Art. 3 (*Crímenes de lesa humanidad*) de ambos Estatutos. Sobre el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, véase la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, UN Doc. S/RES/827 (1993); y sobre el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la aprobación de su Estatuto, véase la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, UN Doc. S/RES/955 (1994).

⁹¹ No obstante, a este respecto tenemos que reconocer la labor de la CDI, que en su 66º período de sesiones (2014), decidió incluir el tema “Crímenes de lesa humanidad” en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Sean D. MURPHY. El texto íntegro del *Proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad* aprobado por la CDI en primera lectura se puede consultar en UN Doc. A/72/10. En concreto, el proyecto de artículos se aplicará a la prevención y la sanción de los crímenes de lesa humanidad. Véase, en particular, el Capítulo IV (*Crímenes de lesa humanidad*) del *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/72/10). Igualmente, AGNU, CDI, *Tercer informe sobre los crímenes de lesa humanidad presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial*, UN Doc. A/CN.4/704. El Relator Especial, Sean D. MURPHY, reconoce que el proyecto de artículos de la Comisión podría, con el tiempo, «convertirse en una convención sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad». Véase a MURPHY, S.D., “Foreword”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, No. 4, 2018, pp. 679-682. Asimismo, pueden consultarse: BASSIOUNI, M.C., “Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 31, No. 3, 1994, pp. 457-494; MÁRQUEZ CARRASCO, C., *El Proceso de Codificación y Desarrollo Progresivo de los Crímenes Contra la Humanidad*, Sevilla: Servicio de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 2008, p. 194; NADYA SADAT, L., “A Contextual and Historical Analysis of the International Law Commission’s 2017 Draft Articles for a New Global Treaty on Crimes Against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, No. 4, 2018, pp. 683-704; SCHABAS, W.A., “Prevention of Crimes Against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, No. 4, 2018, pp. 705-728.

encuentran estos crímenes en el Estatuto, podemos hablar de una configuración *sui generis*, teniendo en cuenta la especial naturaleza de tal instrumento jurídico⁹².

Para empezar, la denominación que reciben de *crímenes de lesa humanidad* lleva implícita la idea de que estamos ante un crimen que sanciona los atentados a las *leyes o normas de la humanidad*, lo cual hace que los ataques que proscriben sean una amenaza para la paz internacional. Ello, al mismo tiempo, les convierte en tipos subsumidos en la parte del Derecho Internacional relativo a los conflictos armados⁹³.

La primera tipificación de los crímenes de lesa humanidad la encontramos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg⁹⁴, y el artículo 7 del Estatuto de Roma hace lo suyo mediante la creación de una serie de conductas típicas o subcategorías, que denominamos, en términos generales, *crímenes de lesa humanidad*. Se entienden por tal cualquiera de los actos criminales que citaremos a continuación, siempre y cuando se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”:

⁹² Sobre la configuración del Estatuto y el Derecho aplicable a la Corte, véase LIÑÁN LAFUENTE, A., *El crimen contra la humanidad*, Madrid: Dykinson, 2015, p. 169 [Libro electrónico]. Igualmente, puede consultarse BOU FRANCH, V.E., “Los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Derecho español”, en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 293-340.

⁹³ El término *crimen de lesa humanidad* nace a partir de la denominada *cláusula Martens* establecida en la IV Convención de La Haya, de 18 de octubre de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, según la que: «las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.» Véase *Preámbulo de la Convención*, para. 8 [Fuente: Base de datos del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre Derecho Internacional Humanitario relativo a la conducción de las hostilidades: colección de Convenios de La Haya y de algunos otros tratados, *Rules of International Humanitarian Law and Other Rules Relating to the Conduct of Hostilities*, Ref. 0467, E-book, ICRC, 2005].

⁹⁴ «(c) *Crimes against humanity*: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.» Véase el Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, UNTS, No. 251. En el mismo sentido, consúltase el Art. 5 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente; el Art. 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia y, por último, el Art. 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

- a) *Crimen de lesa humanidad de asesinato*: se requiere que el autor haya dado muerte, a una o más personas, con el conocimiento de que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil;
- b) *Crimen de lesa humanidad de exterminio*: se requiere que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil, lo que sucede mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas a causar deliberadamente la destrucción de parte de una población;
- c) *Crimen de lesa humanidad de esclavitud*: en este caso se exige que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, a saber, comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o bien si les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad;
- d) *Crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso de población*: el autor ha deportado o trasladado por la fuerza, sin motivos autorizados por el Derecho Internacional y mediante la expulsión u otros actos de coacción, a una o más personas, presentes legítimamente en la zona de la que fueron deportadas o trasladadas, a otro Estado o lugar;
- e) *Crimen de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física*: el autor ha encarcelado o sometido de otra manera a una privación grave de la libertad física, a una o más personas, en violación de normas fundamentales del Derecho Internacional;
- f) *Crimen de lesa humanidad de tortura*: el autor ha infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas que tuviera bajo su custodia o control;
- g) *Crimen de lesa humanidad de violación*: el autor ha invadido por la fuerza, la amenaza de la fuerza o mediante coacción, el cuerpo de una persona mediante la penetración de cualquier parte con un órgano sexual, o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte corporal;
- h) *Crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual*: el autor ha ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o

bien les ha impuesto algún tipo similar de privación de libertad, con el fin de que realizaran uno o más actos de naturaleza sexual⁹⁵;

- i) *Crimen de lesa humanidad de prostitución forzada*: el autor ha hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, con el objetivo de obtener a cambio ventajas pecuniarias o de otro tipo;
- j) *Crimen de lesa humanidad de embarazo forzado*: el autor ha confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave de Derecho Internacional;
- k) *Crimen de lesa humanidad de esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable*: el autor ha privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica, sin justificaciones clínicas o médicas, y en contra de la voluntad de la víctima o víctimas;
- l) *Crimen de lesa humanidad de violencia sexual*: el autor ha realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas por la fuerza, o bien la amenaza de la fuerza o mediante coacción, de gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7, párrafo primero, letra g);
- m) *Crimen de lesa humanidad de persecución*: el autor ha privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del Derecho Internacional, en razón de las características de un grupo o colectividad con identidad propia y por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional;
- n) *Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas*: el autor ha aprehendido, detenido o secuestrado a una o más personas, negándose a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte

⁹⁵ Sobre este crimen en particular, puede consultarse la contribución de BOU FRANCH, V.E., "El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los «matrimonios forzados»", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 31, 2015, pp. 65-114. Asimismo, en general, puede consultarse otro artículo del mismo autor titulado "Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 24, 2012, pp. 1-46.

- o el paradero de esa persona o personas, con la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley, realizada por un Estado u organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia;
- o) *Crimen de lesa humanidad de apartheid*: el autor ha perpetrado un acto inhumano contra una o más personas en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales;
- p) *Crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos*: el autor ha causado grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de una persona, mediante un acto inhumano y actuando de forma intencionada.

En cualquier caso, es importante señalar que no estamos ante la presencia de una concepción amplia de los crímenes de guerra, enunciados con propiedad en el artículo 8, sino ante un tipo penal autónomo que sí podría entrar en contacto con aquéllos⁹⁶. En realidad, la comisión de los crímenes de lesa humanidad tiene lugar de forma independiente a la existencia de un conflicto armado⁹⁷, condición ésta que es, sin embargo, indispensable para que pueda darse el tipo penal de los crímenes de guerra⁹⁸. Es, por lo que, en el artículo 7 del Estatuto de Roma se hace eco de esta independencia causal.

¿Cuál es el bien jurídico protegido por estos crímenes? Como se ha podido comprobar según la enumeración de los ataques típicos calificados por el artículo 7 como crímenes de lesa humanidad, éstos tutelan bienes jurídicos individuales o personalísimos, entre los que cabe destacar la vida, la integridad física y mental, o la libertad en sus distintas formas. La protección de estos bienes se realiza frente

⁹⁶ Sobre la proximidad entre la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* y los crímenes de lesa humanidad, véase la contribución de JESCHECK, H.H., „Die Internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 66, No. 2, 1954, pp. 193-217, at pp. 195-197.

⁹⁷ Es decir, no es necesario que los crímenes se hayan cometido durante el curso o la duración de un conflicto armado. Ello es propio de los crímenes de guerra.

⁹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Trial Chamber, Opinion and Judgement of 7 May 1997 (Case No. IT-94-1-T), pp. 226 y ss.: «an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State», para. 628.

a ataques generalizados o sistemáticos provenientes, naturalmente, del Estado, o por parte de aquellas personas que ostentan un control político en el seno del mismo.

Sin perjuicio de la tutela de estos bienes personalísimos, es mayoritaria la posición doctrinal que entiende que este tipo es *pluriofensivo*, en el sentido de que, no sólo atenta contra un bien jurídico individual, sino que, además, por su propia naturaleza, lo hace también respecto de un bien jurídico colectivo que afecta a los intereses esenciales defendidos por la Comunidad internacional. Es esta afección la que dota al crimen carácter internacional⁹⁹. Respecto de la parte de académicos que conciben el objeto de protección del crimen de lesa humanidad como un bien jurídico personalísimo, podemos referirnos a GIL GIL¹⁰⁰ y a LIÑÁN LAFUENTE¹⁰¹.

Nosotros, en cambio, entendemos que el crimen es un delito *pluriofensivo* ya que, al llevarse a cabo el ataque ofensivo, el mismo atenta de forma simultánea contra varios bienes jurídicos. Si queremos, para comprender mejor el alcance de nuestras palabras, por un lado, estarían los bienes jurídicos que denominaríamos ‘centrales’, por estar directamente afectos a la persona humana como titular del bien jurídico puesto en peligro, esto es, el sujeto pasivo del crimen. Por otro lado, la comisión del crimen implica la afección de otros bienes jurídicos, que podemos calificar como ‘periféricos’, porque afectan a la persona de forma indirecta. Esta doble clasificación no implica, como podría pensarse, que los primeros necesiten de una protección mayor o reforzada, en detrimento de los segundos. En efecto, todos ellos requieren el mismo grado de protección: en un caso, por tratarse de bienes personalísimos y, en el otro, por tratarse de valores colectivos esenciales para la convivencia pacífica de las naciones de nuestra Comunidad internacional. Pues, respecto de ellos, existe un consenso universal acerca de su obligatoriedad e imperatividad. En definitiva, son normas que, como la desaparición forzada de personas, la prohibición de la esclavitud, la tortura, o la violación, no admiten un acuerdo en contrario¹⁰².

⁹⁹ LUBAN, D.J., “A Theory of Crimes Against Humanity”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 29, 2004, pp. 85-167, at p. 90.

¹⁰⁰ GIL GIL, A. y MACULAN, E., *Derecho Penal Internacional*, op. cit, p. 371.

¹⁰¹ LIÑÁN LAFUENTE, A., *El crimen contra la humanidad*, op. cit, p. 187.

¹⁰² Sobre la determinación de la existencia de normas fundamentales de *ius cogens*, véase ROHR, A., *La responsabilidad internacional del Estado por violación al Jus Cogens*, Buenos Aires: SGN Editora, 2015, pp. 19-20. Véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 58º período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), “Fragmentación del Derecho Internacional:

Además, en el mismo sentido lo ha venido a reconocer la propia Comisión en sus trabajos sobre el *Proyecto de artículos relativo a los crímenes de lesa humanidad*, afirmando que la prohibición de tales crímenes constituye una norma imperativa de Derecho Internacional general o *ius cogens*¹⁰³. Por lo tanto, cuando se lesionan los bienes jurídicos tutelados por alguna de estas normas, los perjudicados son, en primer lugar, las víctimas directas. Aunque, de forma indirecta, la Comunidad internacional en su conjunto se consideraría también perjudicada por tratarse de bienes comunes a todas las naciones civilizadas.

Los *elementos estructurales* del crimen de lesa humanidad, en la forma en la que ha sido tipificado en el Estatuto de Roma, son básicamente dos: un elemento material u objetivo, y un elemento subjetivo o volitivo¹⁰⁴.

En primer lugar, el artículo 7 describe el elemento material —denominado en la teoría anglosajona *actus reus*—, así lo denomina también LIÑÁN LAFUENTE¹⁰⁵, integrado por la conducta típica del tipo penal y las consecuencias resultantes de

dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/61/10), pp. 441-465, at p. 462, para. 33: «[L]os ejemplos de normas de *jus cogens* citados con mayor frecuencia son las que prohíben la agresión, la esclavitud, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el apartheid y la tortura, así como las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados, y el derecho a la libre determinación. Otras normas también pueden tener el carácter de *jus cogens* en la medida en que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario.» Véase, igualmente, el comentario al Art. 40 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, cuyo texto se puede encontrar en el *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)*, Documento A/56/10, en CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. II, Segunda Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1(Part 2), pp. 120-121, paras. 4 a 6. Véase también el comentario al Art. 26 sobre el cumplimiento de las normas imperativas (p. 90, para. 5). Adicionalmente, desde el punto de vista jurisprudencial puede consultarse el asunto: ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility*, Judgment of 3 February 2006, ICJ Reports 2006, p. 6, at p. 29, para. 64.

¹⁰³ AGNU, *Crímenes de lesa humanidad. Texto y título del proyecto de preámbulo, los proyectos de artículo y el proyecto de anexo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en primera lectura*, Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones, Ginebra, 1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017 [UN Doc. A/CN.4/L.892], p. 1, considerando 3º.

¹⁰⁴ Seguiremos el esquema planteado por KRESS, C., „Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs“, *Humanitäres Völkerrecht*, Vol. 12, No. 1, 1999, pp. 4-5. WERLE, G. desarrolla el planteamiento en *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2003, p. 250. Igualmente, véanse las contribuciones de MÁRQUEZ CARRASCO, C., “Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, No. 9, 2008, pp. 1-56; *Ibid.*, “Los elementos específicos de las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, No. 10, 2008, pp. 1-69.

¹⁰⁵ LIÑÁN LAFUENTE, A., *El crimen contra la humanidad*, op. cit., pp. 176 y ss.

la comisión del crimen. Los actos criminales o conductas típicas que constituyen la modalidad delictiva del crimen de lesa humanidad son los que se encuentran enumerados en las letras a) a la k) del párrafo primero del artículo 7, a los que ya hemos hecho referencia anteriormente¹⁰⁶.

No obstante, para que se materialice el crimen de lesa humanidad, además de darse una de las conductas criminales, debe producirse un ataque *generalizado* (requisito cuantitativo) o *sistemático* (requisito cualitativo) contra una población civil. Estos requisitos son alternativos, que no cumulativos, pues así lo estipula la redacción de la disposición estatutaria al emplear la conjunción “o”. Aunque, hay que destacar que no siempre resulta sencillo separar el ataque generalizado de la multiplicidad o sistematicidad con la que se dirige el mismo contra la población civil¹⁰⁷. Esta necesidad es representativa del contexto o circunstancias materiales esenciales en que debe desarrollarse la conducta del crimen de lesa humanidad, y al mismo tiempo es lo que nos permite diferenciarlo de los delitos considerados comunes¹⁰⁸.

En segundo lugar, el elemento subjetivo o *mens rea* exige, según el artículo 30 del Estatuto, que el ataque generalizado o sistemático se perpetre por el autor con conocimiento de causa e intención de llevar a cabo la conducta. Es decir, que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta formaba parte de un ataque

¹⁰⁶ El párrafo segundo del Art. 7 define de forma separada los conceptos empleados por el párrafo primero sobre las conductas típicas.

¹⁰⁷ Por *ataque contra una población civil* en el contexto de estos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a los que se refiere el párrafo primero del Art. 7 contra una población civil, a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer dicho ataque. Además, se entiende que la *política de cometer ese ataque* requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. La misma política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del Estado o de la organización. Vid. Art. 7 (*Crímenes de lesa humanidad*) de los Elementos de los Crímenes, Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, *Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes*, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, pp. 9 y ss. Con el término “población civil”, el Estatuto se refiere a todas las personas civiles que tengan dicha consideración con arreglo al Derecho Internacional Humanitario, y que, con independencia de que en esa población civil pueda haber otros estamentos (militares o combatientes legítimos), ello no obstaría a la consideración de los primeros como sujetos civiles a los efectos del crimen de lesa humanidad.

¹⁰⁸ En particular, puede consultarse ROBINSON, D., “The Context of Crimes Against Humanity”, en LEE, R.S. *et al.*, *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2001, pp. 61-80.

generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, o al menos haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de este tipo¹⁰⁹.

2.1.4. Los crímenes de guerra

El tercer tipo de la competencia material de la Corte es, o mejor dicho son, los crímenes de guerra tipificados en el artículo 8 del Estatuto de Roma. Según lo dispuesto en el precepto, se entiende por tales crímenes a las infracciones graves de los *Convenios de Ginebra* de 12 de agosto de 1949¹¹⁰, así como a las normas sobre conducción de las hostilidades en el plano nacional e internacional. Es necesario que dichas infracciones se cometan como parte de un plan o política, o bien como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio pertinente¹¹¹. De la definición que nos brinda el Estatuto de Roma, podemos entender que la competencia material

¹⁰⁹ Ello significa que «el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.» Véase el Art. 7.1 a) de los Elementos, *supra*. Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse como que requiere la prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque, ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o de la organización. Si se da un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando o en fase de iniciación, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole. Según los Elementos de los Crímenes no es necesario que el autor del crimen de lesa humanidad conozca todos los detalles acerca del ataque.

¹¹⁰ Se entiende por “los Convenios de Ginebra” a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, comprendiendo asimismo a sus Protocolos Adicionales, integrando lo que hoy en día se conoce como Derecho Internacional Humanitario. Estos instrumentos son los siguientes, a saber: I. *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, 1949; II. *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, 1949; III. *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, 1949; IV. *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, 1949; Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, 1977; *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, 1977. Los cuatro Convenios de Ginebra entraron en vigor el 21 de octubre de 1950.

¹¹¹ Esta frase parte del supuesto de que la lista de infracciones recogida en cada uno de los cuatro Convenios no es idéntica. Además, resulta que las diferentes categorías de personas y de bienes protegidos pueden caer bajo diferentes ámbitos o sistemas de protección. Para más información sobre esta cuestión, puede consultarse a VON HEBEL, H. y ROBINSON, D., “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, *op. cit.*, p. 108.

de la Corte respecto de este tipo penal no abarca cualquier infracción de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados. De ahí que, solamente las infracciones que estén previamente diseñadas, planificadas o que formen parte de un plan o política; o bien, que el conflicto armado se lleve a cabo a gran escala y de modo generalizado. Independientemente de la modalidad típica, es necesario que la causa reúna uno de esos elementos jurisdiccionales para que la Corte ejerciera su competencia¹¹².

La tipificación y la consiguiente sanción punitiva de las infracciones de las normas que regulan las leyes y usos aplicables a los conflictos armados, internos e internacionales, es una realidad a partir de la Segunda Guerra Mundial con la creación del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, cuyo Estatuto recogía una definición de tales crímenes y los concebía como las “violaciones de las leyes y de las costumbres de la guerra¹¹³”. En este sentido, debemos reseñar que los Juicios de Núremberg constituyeron la primera manifestación de la existencia del crimen de guerra como una institución autónoma en el Derecho Internacional. A partir de entonces, cabe predicar lo mismo en lo que se refiere a los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, que tipificaron el crimen de guerra siguiendo las circunstancias fácticas de cada caso¹¹⁴.

¹¹² Sobre los elementos de los crímenes de guerra enumerados en el Art. 8 del Estatuto de Roma, véase el Art. 8 de los Elementos de los Crímenes. Asimismo, puede consultarse DÖRMANN, K., DOSWALD-BECK, L. y KOLB, R., *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 77-78; PIGNATELLI Y MECA, F., “Los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma”, *Revista Española de Derecho Militar*, No. 75, 2000, pp. 229-380.

¹¹³ El Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg tipifica los crímenes de guerra en este sentido: «(b) *War crimes*: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity». Véase el Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, *UNTS*, No. 251.

¹¹⁴ En este mismo sentido, el Art. 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, rubricado *infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949*, tipifica el crimen de guerra otorgando competencia al Tribunal «para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949», enumerando seguidamente a una serie de actos criminales constitutivos del crimen de guerra. Además, podemos decir que el Art. 2 se refiere, *stricto sensu*, al Derecho Humanitario bélico, también conocido como “Derecho de Ginebra”, y que versa sobre la protección de las víctimas directas de la guerra. Por su parte, el Art. 3 del Estatuto del Tribunal,

A partir de la adopción de los cuatro Convenios de Ginebra en el año 1949, los Estados Partes en ellos se comprometieron internacionalmente a tipificar en sus ordenamientos internos las conductas delictivas constitutivas de infracciones a cualquiera de los Convenios, con la imposición de sanciones penales adecuadas a aplicar a las personas que hayan cometido, o dado la orden de cometer, dichas infracciones graves. Con la adopción del Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998, estas infracciones graves a los Convenios de Ginebra encuentran una tipificación autónoma en dicho instrumento. Además, para poder sostener que una conducta infringe el Derecho Internacional Humanitario, constituyéndose así en un crimen de guerra, resulta necesario que exista una aceptación generalizada acerca de la obligatoriedad de la norma y que la persecución del ilícito penal internacional no quede a la sola voluntad del Estado, sino que sea la Comunidad internacional la que exija el cumplimiento de las normas humanitarias, con la pena de sanción en caso contrario¹¹⁵.

En cuanto a los bienes jurídicos protegidos, cualquiera de las modalidades típicas de los crímenes de guerra, como ocurre en el caso de los crímenes de lesa humanidad, tutela bienes jurídicos individuales o personalísimos, todos ellos en directa relación con aspectos fundamentales de la vida humana. En este sentido,

titulado *violaciones de las leyes o prácticas de guerra*, atribuye competencia al TPIY «para perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra.» Como observamos, este último precepto se refiere a las prácticas de la guerra, o sea, a las reglas de conducción de las hostilidades (armas permitidas, métodos de combate, etc.). Por lo tanto, resulta que este Art. 3 se refiere estrictamente al denominado “Derecho de La Haya”, que reglamenta la conducción de la guerra. En cambio, el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda tipifica los crímenes de guerra en un único artículo, el Art. 4 (Violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios), particularmente la comisión de graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional y del Protocolo Adicional II de los Convenios, de 8 de junio de 1977.

¹¹⁵ Las infracciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra (“Derecho de Ginebra”), así como al “Derecho de La Haya”, conformado por los instrumentos que tratan de reglamentar los medios y métodos de conducción de la guerra, tienen la consideración de crimen internacional, de crimen de guerra. Por ello, es necesario reconocer la responsabilidad penal en el plano internacional para poder responsabilizar penalmente a un individuo que haya cometido presuntamente uno de estos crímenes. Además del Derecho de Ginebra y del Derecho de La Haya, debemos incluir también el Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, que tiene carácter de norma consuetudinaria general y obligatoria para todos los Estados de la Comunidad internacional, con independencia de su voluntad de cumplirla o no. Tal carácter ha sido confirmado por la Corte Internacional de Justicia desde el año 1986 en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. Véase ICJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, p. 27, para. 34.

entre esos bienes encontramos el derecho fundamental a la vida; el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre; el derecho a la libertad y a la seguridad personales, entre otros. La infracción de cada uno de esos derechos supone la consumación de un crimen de guerra diferente, a saber, del crimen de guerra de homicidio intencional, del crimen de guerra de tortura, del crimen de guerra de tratos inhumanos, etc.

De ahí que, la vulneración de cualesquiera de estos bienes jurídicos resulte constitutiva de un delito contra la persona o de un delito contra el patrimonio. Con lo cual, podemos decir que se enmarca dentro del denominado Derecho de Ginebra. Además, son también constitutivas del crimen de guerra las infracciones a las normas reguladoras de conducción de las hostilidades, esto es, a las normas que regulan los medios y métodos de combate autorizados internacionalmente. Cualquier vulneración, en este sentido, por la utilización de un medio o método de la guerra prohibido por el Derecho Internacional Humanitario es constitutiva de un crimen y, en consecuencia, es una conducta típica del crimen de guerra. Lo anterior es indicativo de la bifurcación del bien jurídico protegido por el crimen: por un lado, hablamos de un bien jurídico personalísimo o individual, y, por otro, nos referimos a un bien jurídico colectivo, el cual protege los intereses y valores comunes a la Comunidad internacional en su conjunto. Los bienes colectivos son los que podemos enmarcar en la esfera del llamado Derecho de La Haya.

Además de las infracciones anteriores, tendrán asimismo la consideración de crímenes de guerra todas las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los *conflictos armados internacionales* dentro del marco internacional establecido; a saber, cualquiera de los actos enumerados en el párrafo segundo del artículo 8 del Estatuto. Entre tales actos, los más destacados según las aportaciones propias del Derecho Internacional Humanitario son los ataques intencionales dirigidos contra la población civil en cuanto tal, o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades; así como, los ataques contra bienes civiles, que, claramente, no son objetivos militares con arreglo al Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Por lo tanto, según el artículo 8.2 a), las personas protegidas o sujetos pasivos del crimen de guerra en los conflictos armados internacionales

son las personas y los bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente¹¹⁶.

De modo general, cabe decir que los crímenes de guerra pueden cometerse tanto en el marco de un conflicto armado internacional, como en el ámbito de un conflicto armado que no sea de índole internacional, esto es, interno. Esta misma diferenciación la encontramos en la tipificación de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma, de tal modo que, según el conflicto sea interno o internacional, varían los tipos penales que se podrán invocar como crímenes de guerra, aunque con variaciones muy pequeñas.

El crimen de guerra, como su propio nombre revela, se da siempre en el contexto de una guerra. Entre las modalidades típicas del artículo 8 del Estatuto, en primer lugar, los crímenes de guerra se aplican a todas aquellas infracciones del Derecho Internacional Humanitario conformado por los cuatro Convenios de Ginebra y por el Protocolo Adicional I, que tengan lugar durante el desarrollo de un conflicto armado internacional, entendido éste en sentido clásico entre dos o más Estados, aunque uno de ellos no haya reconocido el estado de guerra¹¹⁷. La CPI, en su decisión sobre la confirmación de los cargos de *Thomas Lubanga Dyilo*,

¹¹⁶ Las personas a las que nos referimos y que son destinatarias de los bienes jurídicos protegidos son los sujetos a los que se refiere el Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, además del Art. 4 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. El IV Convenio «protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas», excluyendo a las personas protegidas por el I, II, y III Convenio de Ginebra, que no se considerarán personas protegidas en el sentido del IV Convenio.

¹¹⁷ Según la línea jurisprudencial del TPIY acerca del conflicto armado, existe un conflicto armado siempre que se recurra al uso de la fuerza armada entre dos Estados, para el caso de los conflictos armados internacionales; o a la violencia, también armada, entre autoridades gubernamentales y grupos armados rebeldes, o entre estos últimos entre sí, para el caso de los conflictos armados internos. Por tanto, el criterio que sigue la jurisprudencia penal internacional para determinar la existencia de un conflicto armado es averiguar de modo casuístico si se recurre a la fuerza armada por parte de la autoridad actuante para tildar al conflicto de “armado”. Véase ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Chamber, “Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, Judgement of 2 October 1995 (Case No. IT-94-1-T), para. 70: «[W]e find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there.»

se ha pronunciado explícitamente sobre la caracterización de un conflicto armado como interno o internacional, e incluso se ha referido a la existencia de conflictos internos-internacionalizados¹¹⁸. Por otro lado, los crímenes de guerra se aplican en la misma extensión cuando el conflicto armado tiene lugar estrictamente en el territorio de un Estado determinado, en caso de enfrentamiento prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos entre sí¹¹⁹.

Por su parte, el apartado c) del párrafo segundo del artículo 8 del Estatuto enumera las conductas penales específicas de los conflictos armados que no sean de índole internacional, aunque debemos reseñar que se puede apreciar una gran similitud con respecto a las conductas constitutivas de un crimen de guerra en el marco de un conflicto armado internacional. Conviene recordar que en el caso de los conflictos armados internos la referencia normativa acerca de las violaciones constitutivas del crimen que analizamos las encontramos en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Siguiendo la literalidad del Estatuto, podrá ser constitutivo del crimen de guerra, en el contexto de un conflicto armado de carácter interno, cualquiera de los actos cometidos contra toda clase de personas que no participen directamente en las hostilidades, entre los que se incluyen los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa¹²⁰. Por lo que respecta a las personas protegidas o *sujetos pasivos* del crimen de guerra en el caso de un conflicto interno, tales personas serán las mencionadas anteriormente.

A su vez, los apartados b) y e) del párrafo segundo del artículo 8 se refieren a otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados,

¹¹⁸ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the confirmation of charges”, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN, pp. 57 y ss., en especial at pp. 71 y ss.; ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, 10 July 2012, ICC-01/04-01/06-2901, para. 97.

¹¹⁹ En estos casos se aplicaría el Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II.

¹²⁰ El apartado c) del párrafo segundo del artículo 8 del Estatuto se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los episodios de violencia esporádicos y aislados, u otros actos análogos.

internacionales e internos respectivamente, dentro del marco establecido por el Derecho Internacional. Se trata de actos criminales típicos del crimen de guerra, cuyas fuentes encontramos en una multitud de instrumentos internacionales, y no solamente en los Convenios de Ginebra. De la lectura de los apartados citados se puede apreciar, nuevamente, un paralelismo en cuanto a la tipificación de las conductas punibles en función de la caracterización del conflicto armado. En todo caso, resulta muy bienvenida la ampliación de la competencia *ratione materiae* de la Corte a otros supuestos que puedan materializarse en el transcurso de un conflicto armado, y además haciéndolo mediante el reconocimiento de la simetría que puede haber en la comisión de conductas típicas en ambos tipos de conflictos armados.

Finalmente, debemos referirnos a una disposición transitoria contenida en el artículo 124 del Estatuto¹²¹, ya que en ella se establece la posibilidad de que un

¹²¹ **Disposición de transición:** «No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.» Ahora bien, esta disposición de transición se mantuvo en el Estatuto tras la primera Conferencia de Revisión de Kampala de 2010, que decidió «mantener el artículo 124 en su forma actual». Vid. Resolución sobre el Artículo 124, Resolución RC/Res.4. No obstante la decisión de la Conferencia de Revisión de mantener el Art. 124 y revisar posteriormente sus provisiones durante el decimocuarto período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma [*Documentos Oficiales, Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (RC/11), Parte II, RC/Res.4, para. 2, parte dispositiva*], esta última, observando la recomendación del Grupo de Trabajo sobre las Enmiendas de eliminar el Art. 124 [*Informe del Grupo de Trabajo sobre las Enmiendas, Revisión del artículo 124 del Estatuto de Roma, ICC-ASP/14/34, para. 46*] adoptó la enmienda al Art. 124 incluida en el Anexo a la Resolución, mediante la cual: «Se suprime el artículo 124 del Estatuto de Roma.» Véase la Resolución sobre el Artículo 124, ICC-ASP/14/Res.2. Hasta la fecha, los Estados Parte que han formulado una declaración en este sentido son Colombia y, en un primer momento, Francia, que la dejó sin efectos el 13 de agosto de 2008, cuando retiró su declaración. En la doctrina, véase MACULAN, E., “La Corte Penal Internacional”, *op. cit.*, pp. 79-103; TABAK, S., “Article 124, War Crimes, and the Development of the Rome Statute”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 40, 2009, pp. 1069-1099, at pp. 1070, 1085 y 1088. Para más información a este respecto, puede consultarse el instrumento de retirada de la declaración de Francia por la que se invocaba el Art. 124, diciendo: «Pursuant to article 124 of the Statute of the International Court, the French Republic declares that it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to the category of crimes referred to in article 8 when a crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory.» La retirada de la declaración entró en vigor el 15 de junio de 2008, de conformidad con la notificación de retirada depositada por el Gobierno francés [Depositary Notification Reference: C.N.592.2008.TREATIES-5]. En lo que concierne a la declaración formulada por Colombia, ésta dice: «Availing itself of the option provided in article 124 of the Statute and subject to the conditions established therein, the Government of Colombia

Estado, al hacerse parte en el Estatuto, formule una declaración *ad hoc* mediante la cual excluir de la competencia *ratione materiae* de la CPI los crímenes de guerra a que hace referencia el artículo 8 durante un período máximo de siete años. Los efectos temporales de dicha declaración se contarían a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, esto es, a partir de la fecha de entrada en vigor particular para ese Estado.

La disposición de transición que contemplaba en su momento el artículo 124 —ya que la misma ha sido suprimida a propuesta del Grupo de Trabajo sobre Enmiendas¹²²—, recibe el nombre de cláusula *opting-out*. Mediante este tipo de cláusula se permite a un Estado que desea ratificar el Estatuto de Roma formular una especie de “reserva” para excluir de su aplicación a determinados preceptos, en este caso *desactivando* la competencia para este tipo de crímenes, y únicamente para este tipo¹²³. Asimismo, cabe destacar que la cláusula de transición despliega sus efectos jurídicos de forma limitada en el tiempo, ya que está limitada por un período máximo de siete años, tras el cual la Corte asumirá de forma automática la competencia sobre la comisión de tales crímenes. Además, la declaración podrá ser retirada en cualquier momento, como lo hizo en su momento Francia¹²⁴. Por tanto, en el momento actual la Corte no está limitada en cuanto a su competencia material respecto de los crímenes de guerra por ninguna declaración del tipo¹²⁵.

declares that it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to the category of crimes referred to in article 8 when a crime is alleged to have been committed by Colombian nationals or on Colombian territory.» [Vid. Depositary Notification Reference: C.N.834.2002.TREATIES-33, para. 5].

¹²² La Enmienda al artículo 124 del Estatuto de Roma, aprobada por consenso en la undécima sesión plenaria de la Asamblea de los Estados Partes el 26 de noviembre de 2015, y mediante la cual se suprime el artículo 124, entrará en vigor de conformidad con el párrafo 4 del Art. 121 del Estatuto, que dice lo siguiente: «Salvo lo dispuesto en el párrafo 5, toda enmienda entrará en vigor respecto de los Estados Partes un año después de que los **siete octavos de éstos** hayan depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión.» La negrita es nuestra. A fecha 23 de enero de 2019, solamente 11 Estados Partes habían depositado sus instrumentos de adhesión o ratificación de la enmienda, con lo que ésta todavía no ha entrado en vigor según el Art. 121.4 [Depositary Notification Reference: C.N.7.2016.TREATIES-XVIII.10, véase al respecto la UN Treaty – Ratification participants list.]

¹²³ La categoría de crímenes a que se hace referencia en el Art. 8 del Estatuto de Roma.

¹²⁴ Depositary Notification Reference: C.N.592.2008.TREATIES-5.

¹²⁵ Pues la única declaración que se formuló y que no se retiró fue la de Colombia, que ya no surte efectos jurídicos por haberse agotado el período de siete años previsto por el Art. 124.

2.1.5. *El crimen de agresión*

La *agresión* fue considerada por vez primera como un crimen internacional en 1945, cuando se adoptó el Acuerdo de Londres¹²⁶. El crimen de agresión, como figura delictiva autónoma, no ha existido hasta la adopción del Estatuto de Roma, cuando se incluyó una referencia al mismo en el suprimido párrafo segundo del artículo 5, acordando que la definición del crimen será tomada en consideración por los Estados en un momento posterior a la adopción de aquél. Como decimos, el antecedente más inmediato a esta figura son los llamados *crímenes contra la paz*. Estos crímenes aparecen consagrados en los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg [art. 6 a)¹²⁷] y de Tokio [art. 5 a)¹²⁸]. Con todo ello, el crimen de agresión ha sido calificado frecuentemente por la doctrina como un *crimen político supremo*, por su especial naturaleza y por su peculiar estructura¹²⁹.

¹²⁶ Vid. *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, UNTS, No. 251, p. 288.

¹²⁷ El Art. 6 del Estatuto del Tribunal de Núremberg tipifica el crimen de esta manera: «(a) *Crimes against peace*: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing». Por su parte, WEIGEND apunta la paradoja de ver a la Unión Soviética durante los Juicios de Núremberg juzgando a los criminales Nazis por cometer crímenes contra la paz, al mismo tiempo que ese país había iniciado una guerra agresiva contra Finlandia, además de estar implicado en la preparación de la invasión de Polonia por las tropas de Hitler. Por su actuación, la Unión Soviética fue expulsada de la Sociedad de las Naciones. Puede consultarse WEIGEND, T., “In general a principle of justice. The debate on the ‘Crimes against Peace’ in the Wake of the Nuremberg Judgement”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, No. 1, 2012, pp. 41-58, at p. 42.

¹²⁸ Los dos TMI tenían competencia sobre los crímenes contra la paz, que los identificaban con la conducta de “planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados”. El Tribunal de Núremberg imputó a todos los acusados (22) de la comisión de crímenes contra la paz, de los cuales 12 fueron acusados de este crimen. En el caso del Tribunal de Tokio, de los 28 acusados un total de 23 fueron condenados. Véase el Art. 5 a) del *Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente, de 19 de enero de 1946*, Carta de Tokio, UN Doc. Acts Series 1589.

¹²⁹ La *cláusula de liderazgo* propia del crimen de agresión es un elemento integrante del tipo penal que lo convierte en un delito especial. Esta cláusula ha sido reconocida por la doctrina, que se ha mostrado mayoritariamente en el sentido de considerar al crimen de agresión como un delito especial imputable únicamente a los máximos líderes que tienen un control efectivo y real sobre el acto de agresión, siendo éste como veremos un requisito previo a la investigación de la agresión por la Corte. En este sentido, REMIRO BROTONS, A., “A vueltas con el crimen de agresión”, en ORIHUELA CALATAYUD, E. (coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Navarra: Aranzadi, 2016, pp. 53-74; igualmente, REMIRO BROTONS, A., “Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo”, *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior*, Vol. 10, 2005, pp. 1-17. Para un estudio en detalle sobre esta cuestión nos remitimos a obras específicas:

En nuestra opinión, el crimen de agresión es un crimen de la *haute politique*, un crimen singular y con un tratamiento diferenciado del resto de crímenes de la competencia de la Corte. Se trata de un crimen de liderazgo (*leadership crime*), ya que, por su especial naturaleza, solamente unas determinadas personas estarían capacitadas o en la condición de cometerlo. Se trataría de aquéllas que tengan el control del *apparatus* político y militar de un Estado¹³⁰. En palabras del profesor PERALTA, el crimen de agresión es “el rey de los delitos internacionales, el rey de los delitos políticos¹³¹”.

Se trata, efectivamente, de actos políticos orquestados por el aparato de un Estado contra otro Estado mediante la ‘instrumentalización’ de una persona que ostenta las máximas responsabilidades sobre la acción política y militar de ese Estado —el Estado agresor—¹³².

KRESS, C. y BARRIGA, S. (eds.), *The Crime of Aggression. A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 373-860; ROSSEL CASTAGNETO, M.L., “El Consejo de Seguridad y el nuevo orden internacional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXIII, 2002, pp. 513-531. Sobre la sanción penal del crimen de agresión en el período 1945-1998, es decir, antes de la adopción del Estatuto de Roma, véase BURNEO LABRÍN, J.A., “El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Agenda Internacional*, Vol. XXV, No. 36, 2018, pp. 303-322, at pp. 308-310. Sobre la práctica del Consejo de Seguridad, especialmente a partir de 1990 en adelante, puede consultarse la monografía de CANO LINARES, M.A., *La actividad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en caso de amenaza a la paz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 429.

¹³⁰ En este mismo sentido, puede consultarse JON HELLER, K., “Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression”, *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 3, 2007, pp. 477-497.

¹³¹ Cita de la intervención del profesor Esteban PERALTA LOSILLA (Jefe de Sección de Apoyo Legal de la Corte) en la Mesa Redonda «La Corte Penal Internacional y el crimen de agresión» celebrada el 25 de enero de 2019 en Madrid, España, en el marco del Seminario conjunto MAEC/Asesoría Jurídica Internacional y Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI): “La Corte Penal Internacional 20 años después: integridad del Estatuto y universalidad”.

¹³² En sus comentarios al párrafo 2 del Art. 23, relativo a la intervención del Consejo de Seguridad, dentro del *Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional* elaborado por la CDI, se estableció concretamente: «Toda responsabilidad penal de una persona por un acto o crimen de agresión presupone necesariamente que se ha determinado que un Estado ha cometido un acto de agresión y esa determinación correspondería al Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Pertenecería al Tribunal decidir después si habría lugar para acusar a un individuo, por ejemplo, de haber actuado en nombre de dicho Estado ejerciendo funciones que lo llevaron a participar en la preparación y la consumación de la agresión.» CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994)*, UN Doc. A/49/10, pp. 28 y ss., at p. 47, para. 8. El párrafo 2 del Art. 23 decía lo siguiente: «No podrá presentarse con arreglo al presente Estatuto ninguna denuncia relativa a un acto de agresión o directamente relacionada con ese acto sin que el Consejo de Seguridad haya determinado antes que un Estado ha cometido el acto de agresión objeto de la denuncia.»

En efecto, el crimen de agresión es un ilícito penal especial o cualificado, ya que el acto incriminado puede ser cometido solamente por los líderes políticos y militares de un Estado, y por nadie más. En consecuencia, ello es indicativo de la estatalidad del acto incriminado. El acto mismo de cometer el crimen pasa por la planificación, preparación, iniciación, o realización de un acto de agresión, que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta y muy grave de la Carta de las Naciones Unidas, como veremos a continuación¹³³.

El crimen de agresión, incluido en el artículo 5 del Estatuto de Roma, está expresamente tipificado en los artículos 8 *bis*, 15 *bis* y 15 *ter* incorporados tras la Conferencia de Revisión de Kampala de 2010. Allí, tras una compleja negociación diplomática y política, fue acordada una definición común sobre lo que debemos entender por acto y crimen de agresión a los efectos del Estatuto de Roma¹³⁴. Hay

¹³³ Desde la perspectiva del Derecho Internacional, la prohibición de los actos de agresión entre Estados y la consiguiente responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito es indiscutible. Pues, la prohibición del uso de la fuerza armada, y por ende de los actos de agresión, se remonta a principios del siglo XX con el Tratado de Versalles (Art. 227), el Pacto de la Sociedad de Naciones (Arts. 10 y 11) y el Pacto Briand-Kellogg, considerado como el precedente inmediato a la *Carta de las Naciones Unidas* (Art. 2.4) que consagra con carácter general la prohibición del uso de la fuerza. Además de una serie de resoluciones de la Asamblea General, como: la Resolución 377 (V), de 3 de noviembre de 1950, relativa a la *Unión Pro Paz*; la Resolución 2131 (XX), de 21 de diciembre de 1965, que contiene la *Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía*; la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, sobre la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*; así como la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, relativa a la *Definición de la agresión*. Para proseguir la evolución posterior al Pacto Briand-Kellogg, puede consultarse BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Madrid: Civitas, 1993, pp. 51 y ss. La creación de la Sociedad de Naciones supuso un hito fundamental en el camino hacia la prohibición internacional del uso de la fuerza. El Preámbulo del Pacto fija como objetivo principal de la Sociedad el de garantizar la paz y la seguridad a través de la aceptación del uso de la fuerza, lo cual nos puede parecer actualmente al menos contradictorio. El Preámbulo del Pacto establecía que: «Las Altas Partes Contratantes: Considerando que para fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizarles la paz y la seguridad, importa: Aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra; Mantener a la luz del día relaciones internacionales, fundadas sobre la justicia y el honor; Observar rigurosamente las prescripciones del Derecho Internacional, reconocidas de aquí en adelante como regla de conducta efectiva de los gobiernos; Hacer que reine la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los Tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados; Adoptan el presente Pacto, que constituye la Sociedad de las Naciones.» Véase el Tratado de Versalles, *Tratado de Paz con Alemania*, de 28 de junio de 1919 [US Library of Congress, 1919, Senate Doc. 51, 66th Congress, 1st Session].

¹³⁴ La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en Kampala, Uganda, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, aprobó por consenso las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión en la 13^a sesión plenaria, el 11 de junio de 2010, por Resolución RC/Res.6. Las Enmiendas fueron distribuidas por el Secretario General mediante Notificación del Depositario, de 29 de noviembre de 2010 (C.N.651.2010.TREATIES-8). A fecha 9

que indicar que, una de las condiciones más espinosas durante la Conferencia de Kampala fueron las condiciones en las cuales la Corte ejercería su competencia sobre ese crimen, y no tanto la definición y los elementos del mismo. Entendemos que ello se debe al hecho de que sólo una jurisdicción penal internacional estaría materialmente en las condiciones para investigar y enjuiciar un crimen de esta naturaleza¹³⁵.

A modo de aclaración, cabe indicar que el artículo 8 *bis* es el que tipifica la figura delictiva del crimen de agresión; mientras que los artículos 15 *bis* y 15 *ter* se encargan de estipular el marco estatutario para el ejercicio de la competencia de la Corte sobre este crimen y los mecanismos de su activación. En primer lugar, el artículo 15 *bis* se refiere al ejercicio de la competencia cuando hay una remisión por un Estado Parte, o bien cuando el Fiscal actúe *proprio motu*. En segundo lugar, el artículo 15 *ter* se refiere al ejercicio de la competencia en caso de una remisión por el Consejo de Seguridad.

Ahora bien, nos parece conveniente señalar que el régimen para la entrada en vigor de las enmiendas relativas al crimen de agresión se separa del régimen general estipulado en el artículo 121 del Estatuto para la entrada en vigor de las demás enmiendas¹³⁶. Para las primeras, se deben cumplir una serie de requisitos cualitativos (temporales) y cuantitativos (número de ratificaciones) para que se produzca su entrada en vigor particular. Dicho de otra forma, la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión se encontraba sometida a unas condiciones; el cumplimiento de las condiciones suspensivas estipuladas específicamente para la entrada en vigor de las enmiendas al Estatuto aprobadas en Kampala¹³⁷.

de septiembre de 2019, 38 Estados han ratificado las Enmiendas de Kampala, de los 122 Estados Partes en total. Consulta en línea realizada el 9 de septiembre de 2019.

¹³⁵ «**Jurisdicción nacional respecto del crimen de agresión:** Se entiende que las enmiendas no se interpretarán en el sentido de que crean el derecho o la obligación de ejercer la jurisdicción nacional respecto de un acto de agresión cometido por otro Estado.» Cfr. *Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión*, Resolución RC/Res.6, Anexo III, p. 24, para. 5. Véase, asimismo, el *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/10*.

¹³⁶ Según el Art. 121.4 del Estatuto: «toda enmienda entrará en vigor respecto de los Estados Partes un año después de que los siete octavos de éstos hayan depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión.»

¹³⁷ Véase la Resolución RC/Res.6, Anexo I.

De la conjugación de los artículos 15 *bis* y 15 *ter* se exige la concurrencia de los tres requisitos siguientes:

- i. Por lo que se refiere al *requisito cuantitativo*, se exige un mínimo de ratificaciones de las enmiendas de al menos treinta Estados Partes (arts. 15 *bis*.2 y 15 *ter*.2).
- ii. Por lo que se refiere al *requisito temporal*, éste es a su vez doble:
 - a. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión únicamente si se comete un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas (arts. 15 *bis*.2 y 15 *ter*.2);
 - b. Además, es necesaria la adopción de una decisión destinada a conferir competencia a la Corte sobre este crimen después del 1 de enero de 2017 por la misma mayoría (dos tercios de los Estados Partes) que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto (arts. 15 *bis*.3, 15 *ter*.3 y 121.3).

Una vez cumplidas las exigencias estatutarias anteriores, la Asamblea de los Estados Partes tomó la decisión de activar la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018¹³⁸. Ello quiere decir que, a partir de esta fecha en adelante, eso sí, para el Estado Parte que haya ratificado o aceptado las enmiendas relativas al crimen de agresión, la Corte podrá ejercer su competencia respecto del mismo cuando éste se haya cometido por los nacionales

¹³⁸ La Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma, *reconociendo* la importancia histórica de la decisión consensuada en la Conferencia de Revisión de Kampala de aprobar las Enmiendas al Estatuto de Roma respecto del crimen de agresión, y en este sentido, *recordando* la Resolución RC/Res.6, *decidió* activar la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión a partir del 17 de julio de 2018. Vid. Resolución ICC-ASP/16/Res.5, de 14 de diciembre de 2017, sobre la *Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión*. La Resolución fue adoptada por consenso en la decimotercia sesión plenaria de la Asamblea de Estados Partes, el 14 diciembre de 2017, y *confirma* que las enmiendas al Estatuto de Roma relativas al crimen de agresión adoptadas en la Conferencia de Revisión de Kampala entran en vigor para aquellos Estados partes que hayan aceptado las enmiendas un año después de haber depositado sus instrumentos de ratificación o aceptación y que en caso de remisión por un Estado o de investigación *proprio motu*, la Corte no ejercerá su competencia en relación con el crimen de agresión cuando éste haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado parte que no haya ratificado o aceptado dichas enmiendas.

de ese Estado o en el territorio del mismo, de conformidad con los criterios del artículo 12.2. No obstante, según las disposiciones del párrafo quinto del artículo 15 *bis*, la Corte no podrá proceder con este crimen cuando se trate de un Estado no Parte en el Estatuto, lo que supone una evidente excepción a las reglas para el ejercicio de su jurisdicción territorial.

No obstante, debemos hacer una precisión respecto de la entrada en vigor del crimen de agresión en lo que afecta a los Estados que se adhieran o ratifiquen el Estatuto de Roma en el futuro. Según el criterio del artículo 39 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969¹³⁹, que establece la norma general concerniente a la *enmienda de los tratados*, “[u]n tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes¹⁴⁰.” Es decir, los que ya son partes en el tratado son lo que deciden modificar su contenido. Ahora bien, ¿de qué manera esta norma general influye sobre las disposiciones del Estatuto de Roma? Como hemos señalado anteriormente, para que la Corte pudiera ejercer su competencia respecto del crimen de agresión es absolutamente necesario que, previamente, el Estado Parte haya ratificado o aceptado las enmiendas de Kampala relativas al crimen¹⁴¹. Cabe matizar que, para un Estado que se hace Parte en el Estatuto con posterioridad al momento de la entrada en vigor de las enmiendas, mediante el depósito de su instrumento de aceptación o ratificación se entenderá aceptada, *ipso iure*, la competencia material de la Corte respecto de todos los crímenes del artículo 5, incluido el crimen de agresión¹⁴². Aunque, es más, el Estatuto de Roma prohíbe las reservas¹⁴³, con lo cual se excluye automáticamente la posibilidad de que el nuevo Estado restrinja o intente limitar esa competencia respecto de dicho crimen. De ahí que, todo Estado que se incorpore al sistema del Estatuto de Roma

¹³⁹ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969, *UNTS*, Vol. 1155, p. 443. La Convención entró en vigor el 27 de enero de 1980. España prestó su consentimiento por instrumento de adhesión el 2 de mayo de 1972. La Convención representa el marco de referencia de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales [*BOE*, núm. 288, de 28 de noviembre de 2014].

¹⁴⁰ El inciso segundo de esta disposición afirma: «Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa.»

¹⁴¹ El Estado de Palestina fue el trigésimo Estado en ratificar las enmiendas de Kampala sobre el crimen de agresión. Véase el Boletín de prensa de 29 de junio de 2016, ICC-ASP-20160629-PR1225.

¹⁴² Puede consultarse, con carácter general, DAVID, E., “La Cour pénale internationale”, *op. cit.*, pp. 340 y ss., en especial p. 341.

¹⁴³ El Art. 120 admite esta conclusión al decir que: «No se admitirán reservas al presente Estatuto.»

después del 17 de julio de 2018 acepta la competencia de la Corte sobre los cuatro crímenes.

Según lo que hemos afirmado, el crimen de agresión constituye una figura delictiva muy especial porque está integrada por varios estratos que conforman la cadena de comisión del crimen. Por una parte, es necesaria la existencia de un *acto de agresión* previo a la comisión del crimen. Es decir, no puede haber crimen de agresión, ni responsabilidad penal individual, sin acto previo de agresión. De ahí que se sostenga que estamos ante la presencia de un crimen político, puesto que las acciones que integran el acto de agresión pertenecen a la esfera propia de la actuación de los Estados. En consecuencia, la existencia de un acto de agresión es una condición *sine qua non*, un prerrequisito fundamental e ineludible para que nazca la responsabilidad del autor del crimen.

Además, resulta importante resaltar que la comisión del acto de agresión dará lugar de forma simultánea, por un lado, a la responsabilidad internacional del Estado – agresor – frente al Estado víctima de la agresión, cuyo fundamento es la comisión de un hecho internacionalmente ilícito que constituye un crimen; por otro, ese mismo acto fundamentaría, simultáneamente, el nacimiento de la posterior responsabilidad a título individual, esto es, de la responsabilidad penal individual del sujeto implicado en la comisión del ilícito internacional, que según el artículo 25.3 *bis* solamente puede ser una persona que esté “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado¹⁴⁴.” Por lo tanto, afirmar que nos movemos en un doble plano de complementariedad entre los dos tipos de responsabilidad internacional sería lo apropiado y correcto. Una primera, estrictamente estatal, que es autónoma de la responsabilidad penal individual atribuible al autor material y responsable del crimen de agresión, para lo cual es condición que haya nacido el ilícito internacional, esto es, que exista un acto de agresión. Y otra, por tanto, estrictamente individual¹⁴⁵.

¹⁴⁴ A la luz del Art. 25, párrafo 3 *bis*, se establece que: «Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.»

¹⁴⁵ Puede consultarse sobre el régimen de complementariedad entre las dos responsabilidades a CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado: Encuentros y desencuentros en torno a la figura de los ‘crímenes de

En cuanto al acto de agresión, el término que empleamos es el utilizado en este contexto por el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas al estipular los poderes del Consejo de Seguridad cuando actúa en el marco del Capítulo VII, con la finalidad de decidir las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Así, el *acto de agresión* es una de las manifestaciones más graves y cualificadas del uso de la fuerza armada por parte de un Estado¹⁴⁶; de hecho, la enumeración del artículo 39 al referirse a la *amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz y acto de agresión*, precisamente en este orden, es porque se quiere acentuar sobre la creciente gravedad del acto y la mayor amenaza que éste representa para la paz mundial. El artículo 39 confiere al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial [art. 24 de la Carta] para determinar “la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, con el objeto de decidir las medidas adecuadas conforme a los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales¹⁴⁷. Así, la calificación de una situación como agresión por parte del Consejo de Seguridad es un *acto preliminar* necesario para que se presente una denuncia con respecto al acto de agresión¹⁴⁸. Hemos de decir que, hasta la fecha, el órgano político de las Naciones Unidas nunca ha calificado de *agresor* a ningún Estado¹⁴⁹; aunque sí indirectamente en el caso de la invasión de Kuwait, el 2 de agosto de 1990, por las fuerzas militares de Irak¹⁵⁰. Pues, como

derecho internacional’”, en GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J. (dir.), *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pp. 551-582. Igualmente, véase a LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, p. 14.

¹⁴⁶ Véase REGUEIRO DUBRA, R., *La legítima defensa en Derecho Internacional*, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2012, pp. 61, 94.

¹⁴⁷ Para mayor información sobre los poderes del Consejo de Seguridad actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta nos remitimos al Capítulo V de este trabajo, donde se estudiará el poder de remisión del Consejo de una situación a la Fiscalía de la CPI *ex Art. 13 b)* del Estatuto de Roma.

¹⁴⁸ Véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994)*, UN Doc. A/49/10, pp. 28 y ss., at p. 47, para. 8.

¹⁴⁹ Y si lo hiciera, ¿se trataría de un pronunciamiento definitivo o únicamente provisional, en el sentido de que la decisión final correspondería a un tribunal internacional? Véase el *Sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados*, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial (A/CN.4/461 y Add.1 a 3*), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994*, Vol. II, Primera Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1994/Add 1(Part 1), at pp. 21-22.

¹⁵⁰ CSNU, Resolución 660 (1990), de 2 de agosto [UN Doc. S/RES/660 (1990), considerando 2º]. En esta ocasión, el Consejo de Seguridad calificó la situación de «quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales».

veremos a continuación, la “invasión” por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado es considerada, a todos los efectos, un acto de agresión.

Sobre la definición del acto de agresión, el párrafo segundo del artículo 8 *bis* se ocupa de esta tarea, definiendo el acto y estableciendo una lista de posibles acciones que podrían considerarse como “agresión”, en un sentido casi idéntico al señalado por la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974¹⁵¹, a la que, por cierto, se refiere expresamente la disposición estatutaria. Según la dicción del párrafo anterior, se entenderá por acto de agresión “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.” De esta redacción se evidencia el parecido con la definición de agresión que encontramos en la citada Resolución. El Estatuto contempla una situación de *conflicto armado entre Estados*, al disponer que un Estado atenta contra otro Estado, excluyendo de esta manera la posibilidad muy creciente de que sea un grupo armado no estatal quien cometa el acto de agresión.

A la luz del artículo 3 de la Resolución 3314 (XXIX), que está reproducido textualmente por el artículo 8.2 del Estatuto, cualesquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra por parte del Estado que agrede, se caracterizará como acto de agresión:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

¹⁵¹ AGNU, Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, sobre la *Definición de la agresión* [UN Doc. A/RES/3314(XXIX)], que constituye un hito importantísimo en el ámbito del Derecho Internacional porque define por vez primera lo que hay que entender por “acto de agresión”.

- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

Cualquiera de las acciones anteriores, realizada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tendrá pues la consideración de *acto de agresión*. Se trata, como ya afirmamos, de un acto preliminar necesario para exigir responsabilidad penal al individuo responsable de la comisión del *crimen de agresión*¹⁵². Por tanto, una persona comete un crimen de agresión cuando, “estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona *planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión* que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas¹⁵³.”

A este respecto, resulta particularmente importante insistir en que no toda violación de la Carta puede ser considerada como acto de agresión. En concreto,

¹⁵² Siguiendo a AMBOS, el crimen de agresión tiene una naturaleza dual que comprende, por un lado, el acto estatal de agresión en el nivel macro y, por otro, el crimen individual de agresión en el nivel micro. AMBOS, K., *El crimen de agresión después de Kampala*, Madrid: Dykinson, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 2011, p. 39.

¹⁵³ Véase el párrafo primero del Art. 8 *bis* del Estatuto de Roma. La cursiva es nuestra.

se exige que éste tenga una cierta entidad, es decir, que por su gravedad y escala constituya una violación *manifiesta* —no cualquiera— de la Carta¹⁵⁴. Ello nos lleva al *umbral de gravedad* exigido, según el cual la violación tiene que ser “manifiesta”, además de que debe satisfacer los tres requisitos siguientes de forma cumulativa: “los tres elementos de *características, gravedad y escala* deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación “*manifiesta*”¹⁵⁵. Ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta¹⁵⁶.”

La enumeración de los actos antes transcritos a la luz del artículo 3 de la Resolución 3314 (XXIX) es idéntica a la que realiza el párrafo segundo del artículo 8 *bis* del Estatuto. Entendemos que la lista de acciones contenida en la disposición estatutaria tiene carácter exhaustivo o, dicho de otro modo, se trata de acciones *numerus clausus*, por la naturaleza misma del Estatuto de Roma —que no deja de ser un instrumento procesal penal internacional y como tal tiene que priorizar el principio de legalidad en materia penal—. No obstante, nuestra opinión contrasta con lo establecido por el artículo 4 de la Resolución 3314 (XXIX), según el cual “la enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión,

¹⁵⁴ En este sentido, el Art. 2 de la Resolución 3314 (XXIX) establece que «el primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba *prima facie* de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.»

¹⁵⁵ Este criterio se corresponde con la llamada *cláusula de gravedad* o *cláusula umbral* que sirve para excluir de la competencia de la Corte los supuestos dudosos o no tan claros de agresión. Esto no es otra cosa que el reflejo inmediato del tenor del Preámbulo del Estatuto de Roma y de su Art. 1, según los cuales la Corte estará «facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes *más graves de trascendencia internacional*» [la cursiva es nuestra]. Siendo el crimen de agresión el *crimen supremo* o el crimen de los crímenes, entonces resulta comprensible la exigencia de una cierta entidad del acto para calificarlo como agresión en el sentido expresado por la Carta de las Naciones Unidas. Para un estudio más detenido sobre la cláusula umbral nos remitimos, en particular, a BATUECAS FLORINDO, J.M., *El crimen de agresión en la Corte Penal Internacional*, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 43 y ss. [Recurso electrónico]

¹⁵⁶ Véase el Entendimiento 7 de los *Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión*, Anexo III a la Resolución RC/Res.6, para 7. La expresión “manifiesta” es una calificación objetiva. No existe una obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en Derecho de la naturaleza “manifiesta” de la violación de la Carta de las Naciones Unidas [Enmiendas a los Elementos de los Crímenes, Introducción 3ª y 4ª al Art. 8 *bis*, Resolución RC/Res.6, Anexo II, p. 23]. Las cursivas dentro de la cita son nuestras.

con arreglo a las disposiciones de la Carta¹⁵⁷.” No dudamos de las facultades del Consejo, quien podrá calificar un acto como acto de agresión estando fuera de la lista del artículo 8 bis.2 en el ejercicio de sus prerrogativas en virtud del Capítulo VII de la Carta¹⁵⁸. Con todo, tenemos en cuenta que el artículo 4 citado está inserto en una resolución de la Asamblea General que, por su propia naturaleza jurídica, carece de efectos vinculantes *per se*.

¹⁵⁷ Nos parece muy oportuno referirnos a la práctica del Consejo de Seguridad sobre la calificación de una situación como *acto de agresión* en el sentido expresado por el Art. 39 de la Carta. La verdad es que la práctica internacional a este respecto es muy escasa, pero sí existente. Esto se debe a que el propio Consejo de Seguridad no es proclive a calificar una situación como acto de agresión, ya que las implicaciones para el individuo que dirige la acción política y militar del Estado atacante son tales que implican su señalización como criminal de guerra, precluyendo toda posibilidad de eventuales negociaciones diplomáticas. El Consejo ha preferido cultivar la ambigüedad y tan sólo en tres situaciones se ha pronunciado al respecto, afirmando que ha habido un acto de agresión. En la Guerra de Corea (1950), el Consejo de Seguridad [Resolución 82-V, de 25 de junio de 1950, *Cargo de agresión contra la República de Corea*] recurrió a otro de los tipos mencionados en el Art. 39 de la Carta, calificando la situación como un *quebrantamiento de la paz*, aunque tampoco se trata de una calificación muy frecuente. Más bien todo lo contrario. En este sentido, fueron calificados como *actos de agresión* el encadenamiento de los actos ejecutados por Sudáfrica y por Rodesia del Sur contra Estados vecinos [véase al respecto las Resoluciones 387 (1976), de 31 de marzo de 1976, *Angola-Sudáfrica*; 393 (1976), de 30 de julio de 1976, *Sudáfrica-Zambia*; 411 (1977), de 30 de junio de 1977, *Mozambique-Rhodesia del Sur*; 418 (1977), de 4 de noviembre de 1977, *Sudáfrica*; 428 (1978), de 6 de mayo de 1978, *Angola-Sudáfrica*; 527 (1982), de 15 de diciembre de 1982, *Lesoto-Sudáfrica*; 546 (1984), de 6 de enero de 1984, *Angola-Sudáfrica*; y 577 (1985), de 6 de diciembre de 1985, *Angola-Sudáfrica*] o el raid aéreo contra la base de la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) en el territorio de Túnez llevado a cabo por Israel en 1985. Igualmente, es ilustrativa la condena de la “agresión armada” dirigida contra la República Popular de Benín el 16 de enero de 1977 por un grupo de mercenarios, aunque lo que se pretendió en este último caso fue invocar la autoridad del Consejo de Seguridad para respaldar la tesis de que la autoría de la agresión puede provenir no sólo de actores estatales, sino también de actores no estatales. Con toda esta práctica, el hecho de que la Asamblea General dotara en 1974 a la Comunidad internacional de una definición de agresión, muy especialmente con el objeto de iluminar la acción del Consejo de Seguridad, no ha llevado consigo cambios progresivos o sustanciales en esta materia. Independientemente de que podamos mencionar algunas resoluciones que se refieren a los actos agresivos perpetrados por determinados Estados, o más generalmente a la agresión armada, nuestra valoración final es que estas calificaciones pueden sentar las bases para exigir responsabilidad internacional de aquellos Estados a los que es atribuible la comisión de un acto de agresión, y con ello la responsabilidad penal internacional de los individuos que son los autores materiales del crimen de agresión. En palabras del Estatuto, las personas que están en «condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado». En este contexto, sobre la definición de la agresión y la práctica internacional del Consejo de Seguridad puede consultarse la obra del profesor BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, op. cit., pp. 270 y ss.

¹⁵⁸ No obstante, se entiende que «las enmiendas que abordan la definición del acto de agresión y el crimen de agresión lo hacen *únicamente a los efectos del presente Estatuto*. De conformidad con el artículo 10 del Estatuto de Roma, las enmiendas no se interpretarán en el sentido de que limiten o menoscaben en modo alguno las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto.» Véanse los *Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión*, Resolución RC/Res.6, Anexo III, p. 24, para. 4. Énfasis añadido.

Siendo que desde el 8 de agosto de 1945 la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional¹⁵⁹, una vez que se confirme la existencia de un acto de agresión *estatal*, en consecuencia se origina la responsabilidad penal *individual* del autor material del crimen de agresión, que es aquella persona que ha planificado, preparado, iniciado o realizado una de las acciones de agresión presentadas antes y que por sus *características, gravedad y escala* constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. Aunque, lo relevante no es la persona en sí, sino el que tenga un control efectivo sobre el aparato estatal y la dirección política y militar de su país¹⁶⁰. A *sensu contrario*, no podría responder de la comisión de un crimen de agresión una persona que no tiene acceso a dicha dirección, aunque realice los actos típicos del crimen.

El crimen de agresión es una figura delictiva dolosa, lo cual requiere que su autor material debe actuar con conocimiento de lo que realiza, es decir, de los elementos materiales del crimen —conocimiento de que se está llevando a cabo un acto de agresión y de que su cargo le permite controlar efectivamente la acción política y militar de su país¹⁶¹— y con la intención de querer completar la acción. A falta de una previsión expresa sobre el elemento subjetivo o volitivo en el tipo del artículo 8 *bis*, podemos recurrir a la previsión del artículo 30 sobre el elemento de la intencionalidad.

Por último, tenemos que abordar una de las cuestiones más arduas, cuál es la relativa a las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión contempladas en los artículos 15 *bis* y 15 *ter* del Estatuto¹⁶².

¹⁵⁹ Según la tipificación del Art. 6 a) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, UNTS, No. 251.

¹⁶⁰ Siguiendo a la profesora REGUEIRO DUBRA, «[e]l control efectivo, que es el grado exigido por la Comisión de Derecho Internacional según Gutiérrez Espada frente a la tesis del control general desarrollada entre otros por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, fue lo requerido por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Activités militaires et paramilitaires au et contre le Nicaragua* (1986).» REGUEIRO DUBRA, R., *La legítima defensa en Derecho Internacional*, op. cit., p. 98. Sobre el grado de control exigido por el Estado véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El hecho ilícito internacional*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 96-100.

¹⁶¹ No existe obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en Derecho de la incompatibilidad del uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas [véase el texto de los Elementos de los Crímenes, Introducción 2ª al Art. 8 *bis*, Resolución RC/Res.6, Anexo II, p. 23].

¹⁶² Durante la Conferencia de Revisión de Kampala se realizaron diferentes propuestas para la activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión. Véase a AMBOS, K., *El crimen de agresión después de Kampala*, Madrid: Dykinson, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 2011,

Lo cierto es que trataremos el asunto de los modos de ejercicio de la competencia de la Corte en el punto cuarto del presente capítulo, aunque no por ello podemos ignorar las particularidades del ejercicio de la competencia con respecto al crimen de agresión, que por su especialidad y proximidad trataremos en este apartado.

El primero de los artículos citados, el artículo 15 *bis*, prevé la posibilidad de que la Corte ejerza su competencia sobre este crimen de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13. Es decir, que sea un Estado Parte en el Estatuto de Roma, o el propio Fiscal actuando *proprio motu*, quienes activen la competencia de aquella respecto del crimen de agresión.

En primer lugar, por lo que se refiere a la remisión por un Estado Parte, el apartado cuarto del artículo 15 *bis* dispone que la Corte podrá, “de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte”. Concretamente, el artículo 12 nos da la noción de Estado Parte con arreglo al Estatuto, estableciendo en la letra a) de su apartado segundo que tendrá dicha consideración el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate. Lo destacable aquí es que *ese* Estado al que acabamos de mencionar es el Estado *por* el que se comete el acto de agresión o en su propia contra. No obstante, existe la paradoja de que el Estado puede haber aceptado o ratificado las enmiendas relativas al crimen de agresión, y contribuido así a su entrada en vigor, aunque también puede haber formulado una declaración de no aceptación de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión por lo que a él se refiere (cláusula de exención u *opting-out*¹⁶³). Se trata

pp. 28 y ss. El autor explica que la primera propuesta, presentada por Argentina, Brasil y Suiza el 6 de junio de 2010, admitía la facultad independiente del Fiscal de iniciar una investigación por el crimen de agresión. El 8 de junio del mismo año, Canadá presentó otra propuesta admitiendo también dicha facultad del Fiscal, aunque condicionándola a la aceptación por el Estado agresor y el Estado agredido o víctima de la agresión. A su vez, Eslovenia presentó una nueva propuesta combinando algunos elementos de las dos propuestas anteriores. El 9 de junio, Argentina, Brasil, Suiza y Canadá formularon una propuesta conjunta en la que admitieron la facultad del Fiscal, independiente del Consejo de Seguridad, de comenzar una investigación respecto del crimen de agresión. Finalmente, el 11 de junio de 2010 los Estados participantes llegaron a un consenso final sobre la propuesta. Se trata del texto introducido por las enmiendas al Estatuto de Roma relativas al crimen de agresión.

¹⁶³ Según el Art. 15 *bis*.4: «La Corte podrá ... ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, *salvo que* ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario.» Énfasis añadido. Hasta la fecha, se han depositado dos declaraciones de este tipo: Declaración del Gobierno de Kenia, *Declaración, de conformidad con el párrafo 4 del artículo*

de una formulación muy parecida a la que vimos para los crímenes de guerra en el artículo 124 del Estatuto. Una excepción a la competencia territorial de la Corte se recoge por el párrafo quinto del artículo 15 *bis*, que indica que, si el crimen de se hubiere cometido por los nacionales de un Estado no Parte en el Estatuto o en el territorio del mismo, entonces la Corte no ejercerá su competencia respecto del mismo.

En segundo lugar, se prevé la posibilidad de que sea el Fiscal, actuando *ex officio*, quien tome la iniciativa de abrir una investigación, con el fin de esclarecer los hechos acerca de la comisión de un crimen de agresión. En virtud del párrafo sexto del artículo 15 *bis*, resulta que:

«El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.»

En este sentido, la toma en consideración por el Fiscal implica cumplir con la verificación, *en primer lugar*¹⁶⁴, sobre la actuación del Consejo de Seguridad, no olvidemos con competencias expresas para determinar la existencia de todo acto de agresión. Por tanto, el inicio de una investigación sobre un crimen de agresión no es automática, sino que debe verificarse necesariamente la determinación en este mismo sentido por el Consejo de Seguridad. Es decir, su intervención *ex ante* es *conditio sine qua non*. Hasta que el Consejo no se pronuncia, que lo deberá hacer en un plazo de seis meses desde la fecha de notificación al Secretario General de Naciones Unidas, el Fiscal no puede iniciar la investigación. De esta manera, sólo “[c]uando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión¹⁶⁵.”

15 *bis* del Estatuto de Roma, a efectos de no aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión, de 30 de noviembre de 2015; y Declaración del Gobierno de la República de Guatemala, *Declaración de No Aceptación de la República de Guatemala a la Competencia de la Corte Penal Internacional respecto al Crimen de Agresión*, Artículos 5, 12, 15bis.4, 121.5 del Estatuto de Roma, de 2 de febrero de 2018.

¹⁶⁴ Según la literalidad del párrafo sexto del Art. 15 *bis* del Estatuto de Roma.

¹⁶⁵ La formulación del párrafo séptimo del Art. 15 *bis* nos permite entender que estamos ante una cláusula condicional para que pueda proseguir la investigación que decida iniciar el Fiscal sobre

En el caso de que el Consejo de Seguridad no realice dicha determinación en el plazo estipulado, o lo hace considerando que no existe tal acto de agresión, entonces el Fiscal podrá iniciar la investigación respecto del crimen de agresión sólo si la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento general contenido en el artículo 15¹⁶⁶, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión. En este último supuesto, en caso de que el Consejo no se haya pronunciado en el plazo de seis meses, o existiera una divergencia de criterios sobre la calificación del acto, está muy presente la posibilidad de invocar su facultad en virtud del artículo 16 del Estatuto, con el fin de suspender por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que se haya iniciado¹⁶⁷. Por tanto, la autorización preceptiva de la Sala será necesaria si el Consejo no se haya pronunciado en el plazo legalmente establecido. ¿Y si se pronuncia de modo

un crimen de agresión. Téngase en cuenta que la previa determinación de la existencia de un acto de agresión estatal es un presupuesto necesario para la depuración de responsabilidades penales individuales por parte de la Corte. De manera que, una decisión de estricta naturaleza política podría condicionar, e incluso obstaculizar, la reclamación de tales responsabilidades penales. En este sentido, puede consultarse BOLLO AROCENA, M.D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao: Editorial de la Universidad del País Vasco, 2004, p. 555. Sobre la consideración de una cláusula pragmática “pragmatic opt-out”, véase STÜRCHLER, N., “The Activation of the Crime of Aggression in Perspective”, *EJIL: Talk!*, 26 January 2018.

¹⁶⁶ Téngase en cuenta que, por otro lado, la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares es una exigencia procesal necesaria en cualquiera de los casos iniciados de oficio por el Fiscal *proprio motu*. De ahí que, la exigencia del párrafo octavo del Art. 15 *bis* no difiere de la norma general que se contiene en los párrafos tercero y cuarto del Art. 15 del Estatuto de Roma.

¹⁶⁷ En este sentido se establece por el párrafo octavo del Art. 15 *bis*, al manifestar que: «... siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad *no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16.*» Énfasis añadido. Esta disposición permite al Consejo de Seguridad pedir a la Corte que no inicie o que suspenda, por un plazo inicial de doce meses renovable en las mismas condiciones, la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Entonces la Corte procederá a la suspensión, lo cual de inicio es una intromisión en su actividad judicial por parte de un órgano político. La primera justificación que encontramos para respaldar la decisión del Consejo, aunque no la compartimos, es que la situación que esté en fase de investigación o de enjuiciamiento ante la Corte afecte las competencias del Consejo de Seguridad en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, lo cual justifica su intervención pidiendo la suspensión a la Corte. Esta facultad ha sido utilizada por el Consejo de Seguridad en la Resolución 1422 (2002), de 12 de julio de 2002, sobre *El mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas* [UN Doc. S/RES/1422 (2002)] y la Resolución 1487 (2003), de 12 de junio de 2003, sobre *Mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas* [UN Doc. S/RES/1487 (2003)]. Mediante sendas resoluciones el Consejo de Seguridad ordenaba la exclusión de toda actuación criminal respecto de los nacionales de Estados no Partes en el Estatuto que participasen en Operaciones de Mantenimiento de la Paz en diferentes partes del mundo. Estas órdenes fueron promovidas en ambas situaciones por los Estados Unidos. Sobre esta cuestión puede consultarse el Capítulo III, *infra*, al cual nos remitimos.

contrario, es decir, negando la existencia del acto de agresión? ¿Podría declararse competente la Corte en tal caso?

Según la literalidad, muy acertada a nuestro parecer, del párrafo noveno del precepto, “la determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte [el Consejo] no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.” De acuerdo al sentido ordinario de estas palabras, entendemos que la actuación del Consejo en un sentido u otro no afectará las competencias materiales de la Corte ni prelucirá la posibilidad de que ésta determinase la existencia de un acto de agresión.

Esto es, la determinación en sentido negativo por el Consejo de Seguridad, a quien corresponde en primera instancia la calificación, no impedirá a la Corte determinar la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. Nos referimos, indudablemente, a un escenario hipotético, aunque *probable*, que enfrentaría a ambas Instituciones. Aunque las responsabilidades del Consejo de Seguridad en el ámbito del Capítulo VII de la Carta son de su exclusividad en virtud del artículo 24 de ésta, no son, sin embargo, excluyentes para la Corte a la hora de determinar la existencia de un acto de agresión¹⁶⁸. Ante tal eventualidad, podríamos pensar ciertamente que el Consejo invocaría el artículo 16 del Estatuto y suspendería al menos por doce meses la competencia de la Corte respecto de la situación de que se trate.

Por último, el artículo 15 *ter*, en consonancia con el apartado b) del artículo 13 del Estatuto, reconoce el poder de remisión al Consejo de Seguridad, siendo el tercer modo que permitiría ejercer la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión. En este último supuesto, la determinación de que existe un acto de agresión resulta implícita de la decisión de remisión. Las situaciones de agresión remitidas por esta vía simplifican las exigencias procedimentales que expusimos

¹⁶⁸ «En lo que concierne a la agresión, [el Sr. YANKOV] cree que [...] el Consejo de Seguridad no tiene más poder, de conformidad con los Artículos 24 y 39 de la Carta de las Naciones Unidas, que el de comprobar previamente que el Estado de que se trata ha cometido el acto de agresión objeto de la acusación. Ahí está la clave de las relaciones entre el Consejo de Seguridad y la nueva corte.» Véase el comentario completo del Sr. Alexander YANKOV en CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1994, Vol. I, *Actas resumidas de las sesiones del 46º período de sesiones celebrado en Ginebra del 2 de mayo al 22 de julio de 1994*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1994, p. 20, para. 24.

anteriormente, y además la remisión puede afectar a un Estado no Parte sobre el que la Corte no tendría jurisdicción de otra manera. Dicho con otras palabras, el ejercicio de la competencia a iniciativa del Consejo amplía los criterios personales y territoriales establecidos en el Estatuto. De este modo, la Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste se haya cometido en el territorio de cualquier Estado, sea Parte o no en el Estatuto, y con independencia de la nacionalidad del líder político y militar¹⁶⁹.

Resulta, además, imprescindible referirnos a la idea que avanzamos *supra* de que el crimen de agresión supone una excepción al principio de territorialidad en el sentido expresado por el artículo 12.2 letra a) del Estatuto. Esta excepción está expresamente recogida por el artículo 15 *bis*.5. Por tanto, a la luz del apartado anterior resulta que cuando los acosados de la comisión de un crimen de agresión sean los nacionales de un Estado no parte, aun cuando lleven a cabo su acción en el territorio de un Estado Parte, la Corte no será competente. La única posibilidad para salvar esa falta de competencia sería la remisión por el Consejo de Seguridad obviando la limitación anterior.

Finalmente, debemos reconocer como un avance muy positivo la decisión de activación de la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión con fecha 17 de julio de 2018, que, según la opinión de HERNÁNDEZ CAMPOS, sería “un gran paso en favor de la justicia global y un mundo basado en el imperio de la ley¹⁷⁰”.

2.2. La competencia personal o *ratione personae* de la Corte

En cuanto a la competencia personal en el marco del Estatuto de Roma, se trata de determinar quiénes son los sujetos activos que podrían ser considerados presuntos responsables o sospechosos de la comisión de alguno de los crímenes

¹⁶⁹ Sobre esta cuestión, véanse: HERNÁNDEZ CAMPOS, A., “La activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Vol. LXVIII, No. 158, 2018, pp. 109-130; SALMÓN, E. y BAZAY, L., *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los Estados y lucha contra la impunidad*, Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, pp. 54 y ss.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 129. Vid. Resolución ICC-ASP/16/Res.5, de 14 de diciembre de 2017, sobre la *Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión*.

que acabamos de exponer. Para una primera aproximación a la materia, resulta obligada la lectura del artículo 26 del Estatuto, con el objeto de establecer la edad penal en el mismo. El sujeto activo, que puede coincidir con el autor material del crimen, debe ser una persona imputable, esto es, en la mayoría de edad penal¹⁷¹. El citado artículo fija, legalmente, esta mayoría en los dieciocho años, excluyendo a los menores de esa edad de la competencia de la Corte; una exclusión que nos parece justificada si la comparamos con las legislaciones penales nacionales de la mayor parte de Estados, incluida la legislación penal española, que hace la misma exclusión¹⁷². De ahí que, “la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.” Por lo que se refiere al espacio temporal al que hace referencia la norma, es el momento de la comisión del acto criminal, que debe corresponderse con la mayoría de edad del presunto responsable, y también con la fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma para el Estado de que se trate.

La competencia *ratione personae* no es más que otra de las manifestaciones de la competencia general de la CPI, cuyo ejercicio está íntimamente relacionado con las personas naturales o físicas. De esta manera, se excluye automáticamente la posibilidad de que la Corte pudiera investigar o enjuiciar una conducta típica, cuyos autores sean personas jurídicas. Contextualizado de otra manera, quedan excluidas de la competencia personal las cuestiones relativas a la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas. En todo caso, la responsabilidad penal internacional recaerá sobre los individuos que conforman dichas entidades y que actúan como sus órganos y en su nombre. Con ello, las personas jurídicas carecen de capacidad procesal para actuar y ser parte en el proceso ante la Corte¹⁷³. Por

¹⁷¹ La imputabilidad es la capacidad de una persona de comprender la ilicitud del hecho punible o de actuar conforme a esa comprensión, según lo establecido por el Art. 20 del Código Penal Español.

¹⁷² Según lo dispuesto en el Art. 19 del Código Penal Español: «Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.» Vid. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995].

¹⁷³ Sobre la cuestión de la responsabilidad penal de los Estados, véanse los comentarios al *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* “La responsabilité pénale de l’Etat. Arguments pour et contre”: «Cependant on doit reconnaître que l’Article 51 de la Charte, du fait même qu’il a réservé aux Etats le droit de légitime défense individuelle ou collective a, par là même, introduit en droit international une institution de droit pénal, qui implique l’existence de

tanto, el aspecto central de la competencia personal en el marco del Estatuto gira en torno al principio de responsabilidad penal individual, refiriéndose el mismo a toda persona natural responsable a título individual, con independencia de su cargo o condición en el momento de la presunta comisión del crimen.

En el marco del Estatuto de Roma, el principio de la responsabilidad penal individual¹⁷⁴ se encuentra regulado en una disposición clave, el artículo 25, cuyas disposiciones nos permiten entender quiénes podrán ser penados por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. Además, el precepto contempla las distintas formas de intervención o participación en el crimen¹⁷⁵. La regla general subyacente al principio que consagra este artículo es que el Derecho Internacional puede exigir responsabilidad penal a los individuos *directamente* por la comisión de actos criminales, y sin ninguna *interposición* del derecho interno del Estado de su nacionalidad.

Como consecuencia de la paulatina subjetivación del individuo en el plano internacional, el Estatuto de Roma, en consonancia con las legislaciones penales nacionales, interviene sobre uno de los factores decisivos en el menoscabo de los bienes jurídico-penales tutelados por los tipos indicados por el artículo 5, es decir, interviene sobre las personas naturales penalmente responsables o susceptibles de ser responsables de tales daños o riesgos¹⁷⁶. En términos generales, la doctrina penalista relaciona la responsabilidad penal autónoma con un comportamiento humano, exterior y voluntario en el proceso de subsunción típica¹⁷⁷.

la responsabilité pénale de l'Etat.» ILC, *Yearbook of the International Law Commission* 1950, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1950/Add.1, pp. 315 y ss., para. 69 *et seq.*, at para. 77.

¹⁷⁴ Así es como está rubricado el Art. 25 del Estatuto de Roma.

¹⁷⁵ El principio de responsabilidad penal individual del Art. 25 del Estatuto de Roma nace como consecuencia de la progresiva subjetivación del individuo en el plano internacional, y constituye el eje central para el ejercicio de la competencia de la Corte de conformidad con este instrumento. Puede consultarse sobre este principio y, más ampliamente, sobre la competencia personal de la Corte a LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, *op. cit.*, pp. 142 y ss.

¹⁷⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal Español. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2016, pp. 20 y ss. [Recurso electrónico]

¹⁷⁷ En este momento resulta necesario destacar que el comportamiento humano es la base de todo delito y la base de cualquiera de los crímenes de la competencia *ratione materiae* de la Corte, siendo también la fuente de toda responsabilidad penal autónoma. Sobre esta materia puede consultarse, en particular, MAQUEDA ABREU, M.L. y LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 112 y ss.

Desde esta óptica, teniendo en cuenta el criterio finalista subyacente a la creación de la CPI y su función de sancionar la responsabilidad penal individual de los máximos responsables de la comisión de crímenes de su competencia, este mandato no puede ni debe ser equiparado o extrapolado al ámbito del arreglo de controversias interestatales. Esta última es una función característica de la Corte Internacional de Justicia y se mueve en un plano distinto de la responsabilidad internacional. Teniendo en cuenta esta finalidad de la Corte, el último párrafo del artículo 25 excluye *expressis verbis* la responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos que tengan que ver con la actividad y competencia de la Corte. Según lo anterior, la responsabilidad penal individual de las personas naturales no “afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional¹⁷⁸.”

Mediante esta cláusula de exclusión, el Estatuto reconoce la idiosincrasia de los dos regímenes de responsabilidad internacional, que persiguen finalidades muy distintas, aunque pueden ser complementarias, dado que no hay nada en el Derecho Internacional Público contemporáneo que lo contradiga.

Asimismo, en un tono muy parecido, el artículo 4 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*¹⁷⁹, relativo a la *Responsabilidad de los Estados*, afirmaba lo que sigue: “[e]l hecho de que el presente Código prevea la responsabilidad de las personas por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no prejuzga ninguna cuestión de la responsabilidad de los Estados en virtud del derecho internacional.” En sus comentarios al mencionado artículo, la Comisión admite como probable que “una persona cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad como «agente del Estado», «por cuenta del Estado», «en nombre del Estado» o incluso en virtud de una relación de hecho con el Estado, sin estar investido de ningún mandato legal¹⁸⁰.”

¹⁷⁸ Según el Art. 25.4: «Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.»

¹⁷⁹ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (6 de mayo-26 de julio de 1996)*, UN Doc. A/51/10, p. 17, at pp. 26 y ss.

¹⁸⁰ *Ibid.*

Partiendo de esta dualidad de regímenes, debemos aclarar que un mismo comportamiento antijurídico, típico y culpable, o sea, una misma conducta típica, puede generar una doble responsabilidad: por un lado, la responsabilidad penal de la persona que ejecuta la conducta y, por otro, la responsabilidad del propio Estado, a cuyo título aquella actúa. Esta circunstancia se debe al hecho de que los crímenes de Derecho Internacional y, muy especialmente, los graves crímenes de la competencia de la Corte, son frecuentemente cometidos por personas que están en la posición de cometer dichos crímenes y que actúan en nombre del Estado¹⁸¹.

Como señala CHINCHÓN ÁLVAREZ, se trata de dos sistemas “en régimen de complementariedad y sin que sean excluyentes¹⁸²”. Siguiendo la línea mantenida por la Comisión de Derecho Internacional en sus comentarios al artículo 19 sobre los *crímenes y delitos internacionales* del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado*, resulta que la sanción a los individuos que actúan bajo la dirección de un Estado “no pone fin ciertamente a la persecución de la responsabilidad internacional que incumbe al Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que, por el comportamiento de sus órganos, se le atribuyan en tales casos¹⁸³”. Ello significa que el Estado sigue respondiendo por sus acciones u omisiones de forma autónoma, sin que pueda ampararse o excusarse en el castigo o el procesamiento de su agente, o generalmente del individuo autor del crimen, para eximirse de su responsabilidad.

Además, sobre este particular encontramos una expresión jurisprudencial en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción*

¹⁸¹ DUPUY, P.-M., “International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State”, en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1085. Además, véanse los comentarios de la CDI sobre el proyecto de artículo 5 (Artículo 5: Órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico) del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, UN Doc. A/51/10, pp. 26 y ss.

¹⁸² CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “La responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, en LÓPEZ MARTÍN, A.G. (ed.), *Derecho Internacional Público*, Madrid: Dilex, 4ª ed., 2016, pp. 191-238, at p. 194. Asimismo, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado: Encuentros y desencuentros en torno a la figura de los ‘crímenes de derecho internacional’”, *op. cit.*, pp. 551-582. Igualmente, a esta misma distinción hacen referencia LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, *op. cit.*, pp. 142-143.

¹⁸³ Véase CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II, Segunda Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1976/Add.I(Part 2), p. 102, para. 21 del comentario al Art. 19.

del Delito de Genocidio, en el que la CIJ se pronunciaba sobre la responsabilidad de Serbia por las infracciones de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* perpetradas entre los años 1991 y 1995 en el territorio de Croacia¹⁸⁴. A la luz del pronunciamiento judicial de la CIJ en su Sentencia de 3 de febrero de 2015, observamos, efectivamente, que estamos ante dos regímenes separados que tienen un fundamento distinto:

«State responsibility and individual criminal responsibility are governed by different legal regimes and pursue different aims. The former concerns the consequences of the breach by a State of the obligations imposed upon it by international law, whereas the latter is concerned with the responsibility of an individual as established under the rules of international and domestic criminal law, and the resultant sanctions to be imposed upon that person¹⁸⁵.»

En definitiva, las cuestiones relativas a la responsabilidad internacional del Estado quedan excluidas del ámbito competencial de la Corte, aunque ambos regímenes son complementarios, autónomos e independientes, pudiendo llegar a confluir en determinadas circunstancias en las que, por ejemplo, un individuo que cometa alguno de los crímenes del artículo 5, actúe en ese instante por cuenta de un Estado, o bien como órgano *de iure* o *de facto* de éste u otro Estado. En este último supuesto, queda terminantemente clara la interacción entre ambos tipos de responsabilidades, de manera que cada una de ellas dará lugar a la activación de su respectivo régimen o plano de efectividad¹⁸⁶.

2.3. La competencia temporal o *ratione temporis* de la Corte

¹⁸⁴ El 3 de febrero de 2015, la CIJ emitió su fallo sobre el caso de la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁵ *Ibid.*, para. 129. La cursiva es nuestra.

¹⁸⁶ De esta forma se pone en evidencia la distinta naturaleza jurídica de ambas responsabilidades: la internacional del Estado y la penal internacional del individuo, así como a la conexión que hay entre ambas. A diferencia del Estatuto de Roma, que recoge la responsabilidad penal individual en su Art. 25, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales no contienen una disposición de semejante naturaleza. Aunque, sin perjuicio de que tanto el TPIY, como el TPIR aludieron en su jurisprudencia a las conexiones y relaciones que se producen entre ambos regímenes. ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Trial Chamber, Judgment of 14 December 1999 (Case No. IT-95-10-T), para. 53; y ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Chamber, Judgment of 14 January 2000 (Case No. IT-95-16-T), paras. 551-555.

Una vez expuestas la competencia por razón de la materia y de la persona en el ámbito del Estatuto de Roma, en este epígrafe procederemos con otro de los criterios jurisdiccionales, como es el aspecto temporal. Según el mismo, podemos determinar a partir de qué momento puede intervenir la Corte, esto es, responder a la pregunta de cuándo ésta tiene competencia para conocer de un asunto. Desde una primera aproximación, según el artículo 24.1 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969, un tratado, en nuestro caso el Estatuto de Roma, entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga¹⁸⁷. Por lo tanto, en sintonía con esta previsión, el párrafo primero del artículo 126 del instrumento dispone sobre su entrada en vigor general, clarificando que tal momento llegaría “el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión¹⁸⁸.” Asimismo, cabe recordar que las formas o modalidades de manifestación del consentimiento en obligarse por el Estatuto son, según los párrafos segundo y tercero del artículo 125 del mismo, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión¹⁸⁹.

En efecto, la competencia *ratione temporis* de la Corte está marcada por el momento de la entrada en vigor del Estatuto, que se produjo el 1 de julio de 2002, después de haberse cumplido la regla anterior, es decir, después del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, clave para determinar el comienzo de su actividad operacional. De esta manera, la Corte podrá investigar y enjuiciar sólo las conductas criminales que hayan tenido lugar en el territorio de alguno de sus Estados Partes, o Estados aceptantes conforme al artículo 12.3, o bien cometidos por los nacionales de esos Estados, después de la fecha de entrada en vigor. Para

¹⁸⁷ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969, *UNTS*, Vol. 1155, p. 449.

¹⁸⁸ El párrafo primero del Art. 126 se refiere a la entrada en vigor del Estatuto de Roma en términos generales, mientras que el párrafo segundo regula la entrada en vigor particular de cada Estado que ratifique, acepte o apruebe el Estatuto o se adhiera a él después de que se haya depositado el sexagésimo instrumento de ratificación, o sea, después del 1 de julio de 2002. En este último caso, «el Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.»

¹⁸⁹ Según establece el Art. 125 del Estatuto: «2. El presente Estatuto estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. 3. El presente Estatuto estará abierto a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.»

un Estado que se incorporase con posterioridad, la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 126 del Estatuto prevé que esa fecha se cumpliría el primer día del mes siguiente a partir del sexagésimo día del depósito del instrumento de ratificación. En consecuencia, las disposiciones del Estatuto no pueden aplicarse a la realización de un comportamiento culpable y punible antes de la entrada en vigor general o particular, siendo la primera una barrera temporal infranqueable. Tan sólo a partir de esta fecha es cuando puede considerarse aplicable el Estatuto en el tiempo a una causa criminal.

Cuando hablamos de la competencia temporal debemos, por consiguiente, hacer una lectura al artículo 11, que se refiere ciertamente a los límites temporales que vinculan la Corte en todas sus actuaciones procedimentales. De esta manera, el párrafo primero afirma que “la Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.” Esta afirmación debe interpretarse en el sentido siguiente: el Estatuto, además de ser el instrumento constitutivo de la Corte, es una ley penal o *lex previa* que existe con anterioridad a la comisión del hecho penal, esto es, de alguno de los crímenes de la lista del artículo 5. Además, la norma sobre la competencia temporal cobra todo su sentido si la conjugamos con otro precepto del mismo instrumento como es el artículo 24, que se refiere a la irretroactividad en materia penal por razón de la persona.

De nuevo, acudiendo al criterio general en materia de irretroactividad de los tratados, el artículo 28 de la Convención de Viena antes citada establece que: “[l]as disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir¹⁹⁰”.

Por tanto, la Corte podrá investigar y enjuiciar alguno de los crímenes del artículo 5, única y exclusivamente, sin excepciones a esta regla, después del 1 de

¹⁹⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, UNTS, Vol. 1155, p. 450.

julio de 2002¹⁹¹. Con la fecha de la entrada en vigor nos referimos a la entrada en vigor general del Estatuto, que marca el momento inicial de la competencia de la Corte. Bajo ninguna circunstancia ésta podrá sustanciar una causa anterior a la entrada en vigor, pues el artículo 24.1 del Estatuto es el garante de que nadie será penalmente responsable por una conducta anterior a esta fecha¹⁹². Además, si la remisión del asunto proviene del Consejo de Seguridad *ex* artículo 13 b), en este caso no se plantea un problema sobre la fecha de la entrada en vigor del Estatuto para ese Estado. El Consejo confiere jurisdicción a la Corte sobre una situación, a pesar de que el Estado afectado no haya aceptado o ratificado el instrumento¹⁹³. Así que, el párrafo segundo del artículo 11, al que nos referimos a continuación, resulta inaplicable. No obstante, el párrafo primero tiene plena fuerza y despliega sus efectos en términos absolutos, ya que una remisión del Consejo de Seguridad nunca podría modificar el momento inicial del que parte la competencia temporal de la Corte¹⁹⁴.

El párrafo segundo del artículo 11 se refiere a lo que denominamos *entrada en vigor particular*, que, como hemos visto, se produce cuando un Estado se hace Parte en el Estatuto después de la entrada en vigor general. En este caso, “la Corte

¹⁹¹ En este sentido, véase PIKIS, G.M., *The Rome Statute for the International Criminal Court. Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 51.

¹⁹² El Art. 24 (*Irretroactividad ratione personae*) del Estatuto establece que: «1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.» En virtud del principio de irretroactividad, el Estatuto de Roma no puede aplicarse a hechos ejecutados antes de su entrada en vigor.

Ahora bien, independientemente de la fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma, que como decimos marca el momento a partir del cual la Corte puede conocer de un asunto relativo a alguno de los crímenes de su competencia, consideremos igualmente importante insistir en la naturaleza imprescriptible de esos crímenes. En este mismo sentido, cabe referirnos a la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, de 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970 [adoptada por la AGNU en su Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, UN Doc. A/RES/2391(XXIII)] o la Convención Europea de 25 de enero de 1974, relativa a la *Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, en vigor desde el 27 de junio de 2003 [esta última adoptada por el Consejo de Europa, *European Treaty Series*, No. 82].

¹⁹³ Para más información, puede consultarse el análisis y la interpretación del Art. 11 del Estatuto en SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 275.

¹⁹⁴ En este sentido, la Resolución 1593 (2005) por la que el Consejo, *actuando* en virtud del Capítulo VII de la Carta, «[d]ecide remitir la situación en Darfur» al Fiscal de la Corte Penal Internacional, lo hace «desde el 1º de julio de 2002». Vid. UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 1.

podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12¹⁹⁵.” De modo general, el artículo 12 se refiere a las condiciones previas para el ejercicio de la competencia y, de un modo particular, el apartado tercero permite que un Estado, que no sea Parte, acepte la competencia de la Corte sobre la base de una declaración *ad hoc*¹⁹⁶. Se trata de un acuerdo especial entre el Estado territorial y la Corte para que ésta pueda investigar y, en su caso, enjuiciar a los individuos responsables de perpetrar alguno de los crímenes del artículo 5 en el territorio de ese Estado o por sus nacionales, o bien por los nacionales de terceros Estados cometidos en el foro del Estado aceptante. A este respecto podemos citar las declaraciones depositadas por Costa de Marfil (2013)¹⁹⁷, Ucrania (2014)¹⁹⁸ y la

¹⁹⁵ El párrafo tercero del Art. 12 del Estatuto de Roma permite a los Estados no Partes, a los que va especialmente dirigido, formular una declaración de aceptación de la competencia de la Corte para una situación concreta y respecto del crimen de que se trate, aunque sin que por ello asuman la condición de Partes en el Estatuto. Se crea una relación *sui generis* con la Corte en el marco del Estatuto. Se trata, en efecto, de un acto *ad hoc* de aceptación de la competencia y no de un acto de ratificación del Estatuto. Sobre la legitimación para formular la declaración en virtud del párrafo 3 del Art. 12 y el alcance de ésta, puede consultarse la contribución de BOLLO AROCENA, M.D., “Legitimación para formular la declaración unilateral de aceptación de la competencia de la CPI (artículo 12.3 ECPI) y alcance de la misma”, en ORIHUELA CALATAYUD, E. (coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Navarra: Aranzadi, 2016, pp. 227-264; EL ZEIDY, M.M., “Ah Hoc Declarations of Acceptance of Jurisdiction. The Palestinian Situation under Scrutiny”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 179-209.

¹⁹⁶ La Regla 44 de las Reglas de Procedimiento y Prueba prescribe la forma en la que debe hacerse la mencionada declaración con arreglo al párrafo 3 del Art. 12 del Estatuto de Roma. La Regla 44 (*Declaración prevista en el párrafo 3 del artículo 12*) dispone textualmente lo que sigue a continuación: «1. El Secretario, a solicitud del Fiscal, podrá preguntar a un Estado que no sea Parte en el Estatuto o que se haya hecho Parte en él después de su entrada en vigor, con carácter confidencial, si se propone hacer la declaración prevista en el párrafo 3 del artículo 12. 2. Cuando un Estado presente al Secretario, o le comunique su intención de presentarle, una declaración con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 o cuando el Secretario actúe conforme a lo dispuesto en la subregla 1, el Secretario informará al Estado en cuestión de que la declaración hecha con arreglo al párrafo 3 del artículo 12 tiene como consecuencia la aceptación de la competencia con respecto a los crímenes indicados en el artículo 5 a que corresponda la situación y serán aplicables las disposiciones de la Parte IX, así como las reglas correspondientes a esa Parte que se refieran a los Estados Partes.» El texto de estas Reglas de Procedimiento y Prueba se reproduce de *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (ICC-ASP/1/3), Parte II.A.*

¹⁹⁷ Costa de Marfil, *Déclaration de reconnaissance de la Compétence de la Cour Pénale Internationale*, 18 avril 2003; seguida de una segunda *Confirmation de la Déclaration de reconnaissance*, 14 décembre 2010.

¹⁹⁸ Ucrania, *Declaración* de 9 de abril de 2014.

última por Palestina (2015)¹⁹⁹, todas ellas en el ámbito del artículo 12.3, con el fin de reconocer y aceptar la competencia de la Corte para una situación concreta²⁰⁰.

Ahora bien, la mención al “párrafo 3 del artículo 12” en el texto del artículo 11.2 tiene que ser interpretada en el sentido siguiente. La norma se refiere a un Estado *que se hace Parte* en el Estatuto después de su entrada en vigor, afirmando que la Corte podrá ejercer su competencia únicamente respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor particular. La expresión “a menos que” empleada por esta disposición significa que dicho Estado que se hace Parte puede ampliar la competencia *ratione temporis* de la Corte a las situaciones producidas con anterioridad al momento en que el Estatuto entró en vigor para él, pero nunca con anterioridad al 1 de julio de 2002²⁰¹. Esto último se produjo con la ratificación por Palestina del Estatuto de Roma el 2 de enero de 2015²⁰², habiendo reconocido la competencia de la Corte el 31 de diciembre de 2014 mediante una declaración que amplía sus efectos temporales al 13 de junio de 2014. Por tanto, en estos casos no se seguirá la regla de la entrada en vigor particular, sino la fecha indicada en la propia declaración de aceptación.

De ahí que, para aquellos Estados que no sean Partes, pero sí aceptantes, la importancia de la aceptación de la competencia con arreglo al artículo 12.3 se fundamenta en el hecho de que, la competencia *ratione temporis* y *ratione personae* no irá determinada por el momento de la entrada en vigor del Estatuto, que como tal no existe para estos casos *sui generis*. Cuando se trata de un Estado aceptante no Parte que invoca el artículo anterior, el momento inicial se determinará por el contenido de la declaración. Este precepto ha sido invocado por el Gobierno de

¹⁹⁹ Estado de Palestina, *Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 31 December 2014.

²⁰⁰ Por lo que se refiere a Ucrania, hasta la fecha este país no ha ratificado el Estatuto de Roma [10 de febrero de 2019]. El 17 de abril de 2014, el Gobierno de Ucrania presentó su primera declaración de conformidad con el Art. 12.3 del Estatuto, por la que aceptó la competencia de la Corte dentro de unos parámetros temporales.

²⁰¹ La fecha de la entrada en vigor para ese Estado viene marcada por las disposiciones del párrafo 2 del Art. 126 del Estatuto, según el cual: «Respecto de cada Estado que ratifique, acepte o apruebe el presente Estatuto o se adhiera a él después de que sea depositado el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.»

²⁰² Depositary Notification Reference: C.N.13.2015.TREATIES-XVIII.10.

Ucrania, que, con fecha 17 de abril de 2014, presentó una declaración *ad hoc*, con el objeto de que la Corte procediera a identificar, procesar y juzgar a los autores y sus cómplices de los crímenes cometidos por esas personas, con independencia de su nacionalidad, en el territorio de Ucrania, en el período comprendido desde el 21 de noviembre de 2013 hasta el 22 de febrero de 2014²⁰³. Como una cuestión de política procesal, cuando la Fiscalía recibe una declaración formulada por un Estado no Parte, abre un examen preliminar de la situación en cuestión²⁰⁴. En este contexto, en efecto, la Fiscalía ha abierto un examen preliminar sobre la situación en Ucrania para determinar si se cumplen los criterios del Estatuto de Roma para la apertura de una investigación, lo que le permitirá, en su momento, formalizar el acta de acusación.

Por último, cabe destacar que no se trata de una extravagancia jurídica de los Estados no Parte, sino de una vía alternativa a la ratificación prevista *expressis verbis* por las disposiciones del artículo 4, cuando reconocen que “la Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones [...] en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.” Como hemos dicho, la condición de Estado no Parte no obsta para que éste tome la iniciativa de atribuir competencia a la Corte respecto del crimen o crímenes de que se trate.

A modo de síntesis, cualquier crimen definido y tipificado por el Estatuto es de la competencia de la Corte si se hubiere cometido después de su entrada en vigor. Dicho de otra forma, se exige que todos los actos de la conducta punible se hayan ejecutado a partir del 1 de julio de 2002, en adelante. ¿Qué ocurre si parte de los actos necesarios para la comisión de un crimen se hubieren ejecutado antes de esa fecha? ¿Puede la Corte entrar a valorar dicha situación? ¿O, ello infringiría

²⁰³ El 8 de septiembre de 2015, el Gobierno de Ucrania presentó una segunda declaración en este sentido, ampliando la competencia *ratione temporis* de la Corte respecto de los presuntos crímenes cometidos en su territorio a partir del 20 de febrero de 2014, sin fecha de finalización. Por lo tanto, la Corte puede ejercer su competencia sobre los crímenes del Estatuto de Roma cometidos en el territorio de Ucrania desde el 21 de noviembre de 2013. Volveremos sobre esta cuestión en el Capítulo V de este trabajo, donde trataremos el tema de los efectos del Art. 12.3 del Estatuto sobre la competencia de la CPI respecto de los crímenes cometidos en el territorio de Estados no parte.

²⁰⁴ La expresión “examen preliminar” aparece en el párrafo 6 del Art. 15 del Estatuto, y el párrafo 1 del Art. 42 establece que la Fiscalía estará «encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas...». Énfasis añadido. ICC, OTP, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre de 2013, p. 5.

el principio de irretroactividad? En efecto, se trata de una conducta anterior a la entrada en vigor y, en consecuencia, en virtud de los artículos 22 y 24 del Estatuto quedaría proscrita la posibilidad para que la Corte se declarara competente en tal sentido.

Pero, ¿y si se trata de una pluralidad de acciones típicas iniciadas antes de la entrada en vigor particular? En este caso, estamos hablando de *facta pendentia* o de un hecho continuado en el tiempo, integrado por diversas acciones típicas iniciadas antes de la entrada en vigor, pero cuyo resultado final, la consumación, ha culminado después de la fecha en que el Estado se hace Parte en el Estatuto. A nuestro entender, recurriendo a la teoría construida por la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la naturaleza intrínsecamente transfronteriza del *crimen de lesa humanidad de deportación*²⁰⁵, podemos recurrir a la técnica de la analogía para afirmar que, cuando una parte de los actos criminales se haya ejecutado antes de la fecha de entrada en vigor y consumado después, esta causa se podría encontrar dentro de los parámetros de los artículos 11 y 12 del Estatuto. Es decir, podemos considerar como un solo crimen una pluralidad de acciones típicas de acuerdo al Estatuto, de tal manera que el que se cometiera con posterioridad a su entrada en vigor legitimaría la intervención de la Corte.

Una situación semejante podría producirse, por ejemplo, respecto de todas las futuras ratificaciones del Estatuto sobre conductas criminales iniciadas antes de la ratificación y completadas después. Esta cuestión tan importante y singular de los *continuing crimes* se dio en el asunto de *Nahimana et al.* ante el TPIR, donde la Sala de Apelaciones del Tribunal manifestó la siguiente posición:

«The Appeals Chamber has held above that the Tribunal may only convict an accused for criminal conduct having occurred in 1994. The existence of continuing conduct is no exception to this rule. Contrary to what the Trial Chamber appears to have held in paragraph 104 of the Judgement, even where such conduct

²⁰⁵ «Therefore, the inclusion of the inherently transboundary crime of deportation in the Statute without limitation as to the requirement regarding the destination reflects the intentions of the drafters to, *inter alia*, allow for the exercise of the Court's jurisdiction when one element of this crime or part of it is committed on the territory of a State Party.» ICC, *Request under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court*, Pre-Trial Chamber I, "Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"", 6 September 2018, ICC-RoC46(3)-01/18, para. 71.

commenced before 1994 and continued during that year, a conviction may be based only on that part of such conduct having occurred in 1994.^{206»}

En cualquier caso, reconocemos la necesidad de una construcción jurídica, doctrinal y jurisprudencial, uniforme sobre esta cuestión. No obstante, conforme a una interpretación estricta y garantista del principio de legalidad penal, no cabe duda de que, quien haya sido declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado por las acciones típicas completadas después de la entrada en vigor²⁰⁷. Se trata de una situación que todavía no se ha producido, al menos ante la Corte, aunque su opinión autorizada sería más que bienvenida, dado que arrojaría luz sobre esta tenebrosidad doctrinal y jurisprudencial.

2.4. La competencia territorial o *ratione loci* de la Corte

La competencia *ratione loci* constituye uno de los aspectos jurisdiccionales más importantes en el marco del Estatuto de Roma, una condición previa para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte en una situación determinada. La actividad jurisdiccional de ésta depende del territorio y parte de la geografía en que se haya cometido la conducta. En este sentido lo reconocía la Sala de Apelaciones cuando argumentaba que estamos ante una de las cuatro facetas que configuran el puzle jurisdiccional²⁰⁸. Además, de esta misma forma lo viene a contemplar el profesor DAVID en su *curso general sobre la Corte Penal Internacional*, cuando manifiesta que:

²⁰⁶ ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Appeals Chamber, Judgement of 28 November 2007 (Case No. ICTR-99-52-A), para. 317. La cursiva es nuestra. No obstante, el Magistrado Fausto POCAR formuló una opinión disidente a este respecto: «I am not convinced that it is correct to hold that a conviction can be based solely on that part of the criminal conduct which took place in 1994. Insofar as offences are repeated over time and are linked by a common intent or purpose, they must be considered as a continuing offence, that is a single crime. There can thus be no question of excluding a part of this single offence and relying only on acts committed after 1 January 1994.»

²⁰⁷ En virtud del principio *nulla poena sine lege* consagrado por el Art. 23 del Estatuto, «[q]uien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.»

²⁰⁸ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Chamber, “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2)(a) of the Statute of 3 October 2006”, 14 December 2006, ICC-01/04-01/06-772, para. 21 *et seq.*

“la compétence de la Cour reste liée, en l’occurrence, au territoire d’un Etat; elle ne s’étend pas aux crimes commis partout dans le monde.”²⁰⁹

En términos generales, el ejercicio de la jurisdicción penal sobre un crimen toma como base la territorialidad de la conducta típica cometida, lo cual hace que hablemos de jurisdicciones predominantemente territoriales. Ello significa que el *principio de territorialidad* sustenta la idea misma del *ius puniendi* estatal²¹⁰. De ahí que, resulta conveniente señalar que, al igual que el Estatuto de Roma tiene una eficacia limitada en el tiempo, según hemos visto en el epígrafe anterior, también tiene una eficacia territorial limitada en el espacio, ya que la Corte puede conocer sólo de los crímenes cometidos dentro de unos límites jurisdiccionales dispuestos estatutariamente.

La regulación de la competencia *ratione loci* se contiene, básicamente, en el párrafo segundo del artículo 12, letra a), del Estatuto. Según la norma contenida en este precepto, que se constituye como el centro gravitacional sobre el que gira la jurisdicción territorial de la Corte, la misma podrá ejercer su competencia si la conducta de que se trate haya tenido lugar *en el territorio de un Estado Parte* en el Estatuto, o bien *en el territorio de un Estado aceptante*, si estamos en el supuesto del párrafo tercero.

A partir de la lectura del precepto anterior, resulta que el crimen de que se trate debe haberse cometido *en el territorio* de un Estado Parte, que es básicamente el ámbito o foro donde haya tenido lugar la conducta criminal [art. 12.2 a)]²¹¹, ya

²⁰⁹ Véase DAVID, E., “La Cour pénale internationale”, *op. cit.*, pp. 340 y ss.

²¹⁰ La doctrina se refiere a la *territorialidad objetiva*, o ubicuidad, y a la *territorialidad subjetiva*. Con el primero de los términos se designa el ejercicio de la jurisdicción penal sobre un crimen que ha sido cometido en el territorio de un Estado [AKEHURST, M., “Jurisdiction in International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 46, No. 1, 1972-1973, pp. 145-257, at p. 159]. Ya en 1887, se afirmó que la territorialidad objetiva era una interpretación del principio de territorialidad que se había reconocido en la jurisprudencia penal de prácticamente todos los Estados [MOORE, J.B. y U.S. Department of State, *Report on Extraterritorial Crime and the Cutting Case*, Washington, D.C.: Government Printing Office, 1887]. Con el segundo de los términos, la doctrina hace referencia a la jurisdicción para procesar y castigar por la comisión de conductas iniciadas en el ámbito interno de un Estado, pero que han sido completadas fuera de su territorio [HARVARD LAW SCHOOL, “Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime”, *American Journal of International Law*, Vol. 29, 1935, pp. 439-442]. Vid. VAGIAS, M., *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 16 y ss.

²¹¹ «a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave»;

sea por sus propios nacionales (*principio de nacionalidad o personalidad activa*), ya sea por los nacionales de un tercer Estado (*principio de nacionalidad o personalidad pasiva*). Además, el crimen puede haberse cometido por el nacional de un Estado Parte, tratándose en este caso de la vertiente *activa* del principio de personalidad enunciado anteriormente [art. 12.2 b)]²¹².

Por lo que se refiere estrictamente a los espacios sometidos a la jurisdicción de un Estado Parte, y particularmente de la Corte, hace falta manejar un *concepto jurídico-penal de territorio* que abarque a todos esos espacios sujetos a la soberanía del Estado²¹³. El concepto jurídico de territorio incluye, en sentido amplio, a todos los espacios geográficos sometidos a la soberanía y a la jurisdicción de un Estado, el Estado donde haya tenido lugar la conducta criminal, que comprende no sólo el *espacio o superficie terrestre* (superficie que se comprende dentro de las fronteras estatales), sino también el *espacio marítimo* adyacente a su costa (concretamente, las aguas interiores y el mar territorial), así como el *espacio aéreo* suprayacente al espacio terrestre y marítimo señalados²¹⁴.

Más concretamente, sobre la cuestión de la territorialidad, nos parece muy ilustrativa la calificación que hace de dichos espacios la profesora LÓPEZ MARTÍN, diciendo que “el territorio del Estado comprende una dimensión necesariamente

²¹² «b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.»

²¹³ En lo atinente a la territorialidad, nos parece muy ejemplificativo que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia siga un criterio amplio, e incluya en su Art. 8 todos los espacios bajo su jurisdicción, diciendo: «La competencia *ratione loci* del Tribunal Internacional se extiende al territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia, *incluyendo su espacio terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales*.» Con ello, queremos hacer hincapié en la necesidad de diferenciar y relacionar al mismo tiempo el *locus delicti commissi* y el concepto más amplio de jurisdicción penal. Véase el *Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, UN Doc. S/RES/827 (1993). La cursiva es nuestra.

²¹⁴ El concepto de territorio ha ido evolucionando al mismo tiempo que lo ha hecho la Comunidad internacional, en el sentido de que ha ido ocupando un papel cada vez más central hasta que se ha convertido en una categoría jurídica fundamental, sin la cual no se puede entender en nuestros días el Derecho Internacional Público. El territorio del Estado, instituto necesario para abordar la competencia territorial de la Corte, ha sido definido como «el ámbito espacial en el que ejerce sus funciones y competencias un Estado determinado» (BASDEVANT); o, de una forma más puntual, como «el soporte físico de la soberanía territorial; esto se traduce en que es el área o espacio donde el Estado ejerce tanto su autoridad sobre el territorio mismo, como su dominio sobre las personas situadas en él y las situaciones que dentro de él surgen» (TORRES BERNÁRDEZ). Véase LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Las competencias del Estado sobre el territorio y el espacio aéreo”, en LÓPEZ MARTÍN, A.G. (ed.), *Derecho Internacional Público*, Madrid: Dilex, 4ª ed., 2016, pp. 289-318, at p. 290.

terrestre, eventualmente marítima y complementariamente aérea²¹⁵.” En efecto, una apreciación en esta misma dirección la encontramos en la letra a) del artículo 12.2 del Estatuto de Roma, en el iter tratadista de consagrar el ámbito espacial de la competencia de la Corte.

Ahora bien, a pesar de la importancia que tiene el *principio de territorialidad* en todas las jurisdicciones y sistemas penales nacionales e internacionales²¹⁶, lo cierto es que todos ellos extienden su eficacia a las conductas cometidas fuera de los confines del Estado, que es cuando se habla de la extraterritorialidad de la ley penal²¹⁷.

En este contexto, el artículo 12.2 a) del Estatuto hace eco de esta realidad²¹⁸, afirmando que la Corte será igualmente competente si la conducta de que se trate se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, en cuyo caso sería relevante, a efectos de determinar la *jurisdicción territorial*, el Estado de matrícula del buque o la aeronave. En consecuencia, una conducta puede tener lugar en el territorio de un Estado Parte, en sentido estricto, sobre el que éste ejerce *soberanía territorial*; o bien, a bordo de un buque o de una aeronave, espacios sobre los que

²¹⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 290. Igualmente, pueden consultarse los siguientes trabajos sobre territorio de la autora: LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Principios y reglas de solución aplicables a las controversias territoriales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 6, 2013, pp. 15-45; *Ibid.*, “Clásico pero actual: El territorio estatal”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 17, 2005, pp. 173-206; *Ibid.*, *El territorio estatal en discusión: la prueba del título*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1999, p. 273.

²¹⁶ Michail VAGIAS establece que: «Under contemporary international law every State has the right to exercise jurisdiction for a crime committed within its territory, irrespective of the nationality of the offender. This constitutes one of the best-established rules of customary international law and treaty law.» VAGIAS, M., *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*, *op. cit.*, pp. 13-14. En cuanto al desarrollo histórico de este principio puede consultarse RYNGAERT, C., *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 44. Por lo que se refiere a los instrumentos de los dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, puede consultarse el Art. 1 del Estatuto del TPIY [Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, UN Doc. S/RES/827 (1993)] y el Art. 1 del TPIR [Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, UN Doc. S/RES/955 (1994)]. Además, el Art. VI de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948 [UN Doc. A/RES/260 (III)]; el Art. 2 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, de 10 de diciembre de 1984 [UN Doc. A/RES/39/46]; y el Art. 9.1 a) de la *Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios*, de 4 de diciembre de 1989 [UN Doc. A/RES/44/34].

²¹⁷ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Reppertor, 8ª ed., 2006, p. 55, para. 45.

²¹⁸ Sobre los trabajos preparatorios del Art. 12.2 a) del Estatuto, puede consultarse a VAGIAS, M., “The preparatory works of Article 12(2)(a)”, *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*, *op. cit.*, pp. 37-60.

aquél ejerce solamente *jurisdicción* — tratándose del *Estado del pabellón* o del *Estado de matrícula* —.

Como queda patente, la redacción final del artículo 12, en el sentido en que fue adoptado en la Conferencia de Roma, refleja una configuración dual entre los principios tradicionales de territorialidad y personalidad activa²¹⁹. Conforme al *principio de territorialidad*, el Estatuto de Roma será aplicable a todos los crímenes del artículo 5 cometidos en el territorio de un Estado Parte. Además, relacionado con la territorialidad, está el *principio de justicia universal o de jurisdicción universal*, que permite a un Estado enjuiciar a las personas presuntamente responsables de la comisión de esos graves crímenes con independencia de la nacionalidad de los autores, ya que tales conductas atentan contra bienes jurídicos esenciales para la Comunidad internacional.

En segundo lugar, la Corte será igualmente competente para conocer de alguno de los crímenes de la lista anterior cuando el acusado sea una persona que tenga la nacionalidad de alguno de los Estados Partes²²⁰, siendo el vínculo de la *nacionalidad o personalidad* el nexo jurisdiccional determinante de su competencia, con independencia del lugar de comisión del crimen. En este supuesto, prima el vínculo jurídico entre el autor del crimen y el Estado de su nacionalidad frente al territorio, siendo irrelevantes los parámetros espaciales de la situación. Por tanto, podemos afirmar que el principio de personalidad complementa al principio de territorialidad, con el objeto de extender la competencia de la Corte²²¹.

²¹⁹ Esta propuesta dual fue anunciada por la Mesa de la Comisión Plenaria como parte del paquete final. Véase en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Comisión Plenaria, *Propuesta de la Mesa sobre la Parte II. De la Competencia, la Admisibilidad y el Derecho aplicable*, A/CONF.183/C.1/L.59, 9 de julio de 1998, pp. 11 y ss., y Corrección en A/CONF.183/C.1/L.59/Corr.1.

²²⁰ Descendiendo a un nivel inferior, el Art. 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial expresa en términos similares la misma idea, diciendo que la jurisdicción española conocerá también «de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho», exigiendo la concurrencia de unos requisitos enumerados en dicho apartado. En este sentido, puede consultarse MAQUEDA ABREU, M.L. y LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica*, op. cit., pp. 83-84.

²²¹ Por ejemplo, los presuntos crímenes de guerra cometidos por ciudadanos del Reino Unido en el contexto de la ocupación de Irak desde el 2003 hasta el 2008. Irak no es Parte en el Estatuto de Roma. Por lo tanto, la recurrencia al artículo 12.2 a) está descartada. No obstante, el Reino Unido depositó su instrumento de ratificación del Estatuto el 4 de octubre de 2001. De ahí que, la Corte puede ejercer su jurisdicción sobre los crímenes cometidos en el territorio o por ciudadanos del

Además, cabe destacar que ninguno de los dos criterios anteriores tendría relevancia si decide actuar el Consejo de Seguridad, dado que este mecanismo de activación puede considerarse como una excepción al principio de territorialidad, teniendo en cuenta que la Corte podrá extender su competencia sobre los Estados no Partes en el Estatuto, momento a partir del cual los parámetros territoriales y personales anteriores dejan de ser aplicables²²².

En virtud de lo afirmado, podemos señalar que la Corte tiene competencia *ratione loci* para conocer de los crímenes enunciados en el artículo 5 del Estatuto, siempre que se produzca alguno de los escenarios circunstanciales siguientes:

- a) Si el crimen se haya cometido en el territorio de un Estado Parte, ya sea por sus propios nacionales, ya sea por los nacionales de un Estado que no sea Parte en el Estatuto (*principio de territorialidad*).
- b) Si el crimen se haya cometido por los nacionales de un Estado Parte, ya sea en el territorio de otro Estado Parte o en cualquier otro territorio de un Estado tercero (*principio de nacionalidad o personalidad activa*).
- c) Si el crimen se haya cometido por los nacionales de un Estado no Parte en el territorio de un Estado Parte (*principio de territorialidad, apartado a., supra*).
- d) Si el crimen se haya cometido en el territorio de un Estado no Parte que haya aceptado la competencia de la Corte mediante una declaración *ad hoc* (*principio de territorialidad ex artículo 12.3 del Estatuto*).
- e) Por último, si el crimen se haya cometido en cualquier parte del mundo con independencia de la condición de Parte o no del Estado territorial, cuando el Consejo de Seguridad actúe en el ámbito del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (*principio de territorialidad ex artículo 13 b. del Estatuto*).

Por la relevancia de esta cuestión en el conjunto del trabajo nos remitimos al Capítulo III del mismo, donde analizamos en mayor detalle y profundidad el

Reino Unido a partir del 1 de julio de 2002. Para más información sobre esta situación preliminar, puede consultarse el último Informe de la Fiscalía en ICC, OTP, *Report on Preliminary Examination Activities – Iraq/UK (2018-Arabic) (2017-English)*, 5 December 2018.

²²² Véase sobre las remisiones del Consejo de Seguridad respecto de Estados no Partes del Estatuto de Roma el Capítulo V, *infra*.

concepto jurídico-penal de territorio y, en general, el principio de territorialidad, que constituye el objeto de dicho capítulo. Efectivamente, en virtud del principio anterior, la Corte tendría jurisdicción para conocer de los crímenes cometidos por cualquier individuo, aun cuando el mismo fuera nacional de un Estado no Parte, con tal de que haya cometido la conducta criminal en *territorio estatutario*.

III. LOS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD DE LA CAUSA CRIMINIS

3.1. Las cuestiones de admisibilidad de un asunto ante la Corte: la indisposición o incapacidad del Estado con jurisdicción de llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento

Con independencia del modo de activación de la competencia de la Corte, una cuestión que abordaremos en el epígrafe *infra*, el ejercicio de esa competencia está supeditado al examen de una serie de cuestiones previas de admisibilidad, que, en la propia hermenéutica del Estatuto de Roma, se conocen como *cuestiones de admisibilidad*²²³. De la afirmación anterior se deduce que, la comisión de uno de los crímenes del artículo 5 es presupuesto indispensable para que la Corte inicie un examen preliminar o una investigación, pero no suficiente, ya que es necesario verificar el cumplimiento de los condicionantes del artículo 17. De ahí que, una conducta típica no atribuye de forma automática competencia a la Corte. Pues, en primer lugar, habrá que verificar si se respeta el *principio de complementariedad*, siendo la regla que rige el funcionamiento de la Corte, cuando se ha determinado *ex ante* la incapacidad del Estado del *locus delicti commissi* de llevar a cabo el juicio.

El párrafo primero del artículo 17 contiene cuatro letras, contemplando en el inciso a) la primera condición para la admisibilidad de un asunto determinado

²²³ El factor de admisibilidad de un asunto comprende la *complementariedad* y la *gravedad*. Ahora bien, el Estatuto no estipula una secuencia obligatoria para la consideración de cada uno de estos factores. Así que, el Fiscal debe estar convencido sobre la admisibilidad en ambos aspectos antes de proceder. Véase ICC, OTP, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre de 2013, p. 3, para. 7; p. 11, para. 42.

ante la Corte, aunque lo hace recurriendo a un lenguaje a la inversa, al referirse a la “inadmisibilidad de un asunto”. Tal y como sostenía la Sala de Apelaciones en el asunto del *Fiscal v. Lubanga Dyilo*, el ejercicio competencial por parte de la Corte queda limitado por el Estatuto cuando el mismo establece ciertas condiciones que se constituyen como auténticos impedimentos procesales, que tienen como objeto limitar la intervención de aquella exclusivamente a las situaciones que superan el llamado “test de admisibilidad”. En el *dictum* de la Sala se pueden apreciar esas cuestiones de admisibilidad en su integridad (complementariedad, *ne bis in idem*, gravedad suficiente del asunto):

«The Statute itself erects certain barriers to the exercise of the jurisdiction of the Court, those set up by article 17, referable in the first place to complementarity (article 17 (1) (a) to (b)) in the second to *ne bis in idem* (articles 17 (1) (c), 20) and thirdly to the gravity of the offence (article 17 (1) (d)). The presence of anyone of the aforesaid **impediments enumerated in article 17** renders the case inadmissible and as such non-justiciable²²⁴.»

De la literalidad del párrafo anterior nos llama poderosamente la atención la calificación que reciben las cuestiones de admisibilidad; pues la Sala los califica como “impedimentos”, que hacen que un asunto determinado, aun cuando entre dentro de los criterios que determinan la jurisdicción de la Corte, se convierta en inadmisibile y, como tal, en injusticiable.

a) La complementariedad

En primer lugar, como ya sabemos, la complementariedad está anunciada en el Preámbulo del Estatuto y en el artículo 1, cuando este último señala que la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.” Pues bien, decir que la competencia de ésta es complementaria, o como pensamos nosotros subsidiaria, sería lo mismo que afirmar que un Estado Parte que “tenga jurisdicción” sobre el asunto de que se trate, tendrá prioridad a la hora de ejercer su jurisdicción ante la Corte. Ésta entrará a valorar la causa solamente si el Estado “no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda

²²⁴ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Chamber, “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2)(a) of the Statute of 3 October 2006”, 14 December 2006, ICC-01/04-01/06-772, para. 23. La negrita es nuestra.

realmente hacerlo”. De ahí que, la complementariedad puede entenderse como un mecanismo de contrapeso al poder que puede llegar a acumular la Corte. Pero, además, se trata de un principio que asegura el ejercicio del *ius puniendi* en primer lugar al Estado, respetando así su soberanía, y solamente cuando éste sea incapaz o indispuesto a hacerlo intervendrá la Corte en última instancia²²⁵. La idea de que el Estado Parte deberá intervenir en primer lugar encuentra su justificación en la proximidad de esta jurisdicción nacional con la situación de que se trate, y en los vínculos más estrechos con la causa *criminis*. Es, por ello que, el artículo 17 trata, en primer lugar, la complementariedad. La letra a) se dirige a una causa que está pendiente ante los tribunales nacionales del Estado Parte, pues emplea la fórmula “*sea objeto de una investigación o enjuiciamiento*”²²⁶.

En este orden de ideas, debemos indicar que, si bien la Corte interviene en última instancia priorizando la actuación del Estado del foro, no obstante, si éste no está dispuesto o no pueda llevar al acusado del crimen ante su propia justicia, porque no adopta las medidas adecuadas para perseguir al sospechoso, entonces la Corte no estará obligada a abstenerse y podrá intervenir en el asunto de que se trate. Por tanto, ante estos casos de absoluta inactividad (*inaction scenario*) sucede todo lo contrario. Ahora bien, aun cuando no esté expresamente mencionado en el artículo 17 del Estatuto, se ha interpretado por la doctrina y la jurisprudencia que dicha inactividad legitima la intervención de la Corte, eso sí, exigiéndose que se cumplan el resto de criterios, como, por ejemplo, el umbral de gravedad al que se refiere el apartado d) del artículo 17.1.

²²⁵ En el asunto del *Fiscal c. Katanga/Chui*, la Sala de Apelaciones dijo que: «It follows that in case of inaction, the question of unwillingness or inability does not arise; inaction on the part of a State having jurisdiction (that is, the fact that a State is not investigating or prosecuting, or has not done so) **renders a case admissible before the Court**, subject to article 17 (1) (d) of the Statute.» Véase ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga/Mathieu Ngudjolo Chui*, Appeals Chamber, “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”, 25 September 2009, ICC-01/04-01/07-1497, para. 78. La negrita es nuestra. En particular, consúltense las siguientes referencias bibliográficas: BENZING, M., “The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp. 591 y ss., at p. 601; EL ZEIDY, M.M., “The Principle of Complementarity in the International Criminal Court’s Statute”, en *The Principle of Complementarity in International Criminal Law. Origin, Development and Practice*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 161, 221 y 230.

²²⁶ Énfasis añadido.

Por su parte, el apartado b) del párrafo primero del artículo 17 se refiere a la inadmisibilidad de un asunto cuando éste *haya sido objeto* de investigación por el Estado con jurisdicción y este último haya decidido, en consecuencia, no incoar acción penal contra el presunto responsable. En todo caso, si la decisión anterior es como resultado de la indisposición o la incapacidad de dicho Estado, entonces el Estatuto establece la posibilidad de que la Corte admita la causa. Pues, se trata de una cláusula “salvo que”.

Desde el punto de vista de la Corte, la Sala de Apelaciones se refirió a la interpretación y aplicación de los apartados a) y b) del artículo 17.1 en la situación de la *República Democrática del Congo (Fiscal c. Katanga/Chui)*²²⁷, y lo hizo con el fin de esclarecer cuándo un Estado no está “dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”²²⁸. La Sala decidió que la falta de voluntad o la propia incapacidad de un Estado para enjuiciar una causa penal son circunstancias relevantes para la admisibilidad de la misma ante la Corte:

«[T]he question of unwillingness or inability of a State having jurisdiction over the case becomes relevant only where, due to ongoing or past investigations or prosecutions in that State, the case appears to be inadmissible. Article 17 (1) (a) of the Statute covers a scenario where, at the time of the Court’s determination of the admissibility of the case, investigation or prosecution is taking place in a State having jurisdiction. This is expressed by the use of the present tense, “[t]he case is being investigated or prosecuted by a State” (emphasis added). Article 17 (1) (b) of the Statute covers a similar scenario where a State having jurisdiction *has* investigated a case, but “has decided not to prosecute the person concerned” (emphasis added)²²⁹.»

²²⁷ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga/Mathieu Ngudjolo Chui*, Appeals Chamber, “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”, 25 September 2009, ICC-01/04-01/07-1497.

²²⁸ Nos parece que el texto auténtico en inglés refleja de manera más fiel el sentido corriente que hay que atribuir a los términos de este apartado, pues añade el adjetivo «*genuinely*» (*véritablement*, en la versión francesa) que ha sido omitido por razones que desconocemos en la versión española, aun cuando ambos textos son auténticos del Estatuto de Roma. El texto en inglés dice lo siguiente: «The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution». Se trata de una referencia que expresa de manera más fidedigna la voluntad de los redactores. Dicho término nos permite entender que para la Corte lo más destacable es que el procedimiento nacional, la investigación o el enjuiciamiento de la causa *criminis*, sean de verdad, que no tengan una carga simbólica, sino que sean impregnadas con las máximas garantías judiciales por el Estado de que se trate. Es decir, en la hermenéutica expresada por el Estatuto de Roma, la Corte tendrá en cuenta «los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional».

²²⁹ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga/Mathieu Ngudjolo Chui*, *op. cit.*, para. 75.

Por tanto, el apartado a) del artículo 17.1 abarca el siguiente escenario. En el momento en que la Corte determina la admisibilidad del asunto de que se trate, la investigación o el enjuiciamiento de la causa penal se llevan a cabo, es decir, se encuentran *en curso* ante los órganos judiciales del “Estado que tenga jurisdicción sobre él²³⁰”. Esta idea viene expresada por la utilización del presente subjuntivo, el “asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado”. En cambio, el apartado b) de la disposición abarca un escenario similar en el que un Estado que tiene jurisdicción ya ha investigado el asunto, aunque “haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate”. De este modo, conforme al sentido corriente que hay que atribuir a los términos del Estatuto, éste emplea el pretérito perfecto subjuntivo para marcar la diferencia con respecto al apartado anterior.

Siguiendo nuestra interpretación de las disposiciones anteriores, podemos constatar que la misma línea argumentativa encuentra un amplio apoyo entre los autores que han comentado el principio de complementariedad y concretamente el artículo 17²³¹. En este sentido, la profesora MACULAN se refiere a este examen con el nombre de “test de capacidad y voluntad”, para hablar de las posibilidades de intervención de la Corte cuando el Estado territorial no esté dispuesto a llevar

²³⁰ Siguiendo la literalidad del apartado a) del párrafo primero del Art. 17 del Estatuto de Roma.

²³¹ Sobre esta cuestión pueden consultarse: BENZING, M., “The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp. 591-632, at pp. 601 y ss.; BROOMHALL, B., *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 91 y ss.; BURKE-WHITE, W.W. y KAPLAN, S., “Shaping the Contours of Domestic Justice: The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda Situation”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 2, 2009, pp. 257-279, at pp. 260 y ss.; EL ZEIDY, M.M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law. Origin, Development and Practice*, op. cit., pp. 161, 221 y 230; HOLMES, J.T., “Complementarity: National Courts versus the ICC”, en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 667-673; KLEFFNER, J.K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 103 y ss.; KRESS, C., “‘Self-Referrals’ and ‘Waivers of Complementarity’: Some Considerations in Law and Policy”, *Journal of International Justice*, Vol. 2, No. 4, 2004, pp. 944-948; OLÁSOLLO ALONSO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 165 y ss.; *Ibid.*, “The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor”, *International Criminal Law Review*, Vol. 5, No. 1, 2005, pp. 121-146; STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 199 y ss.

a cabo la investigación o el enjuiciamiento (*falta de voluntad*) o no pueda realmente hacerlo (*falta de capacidad*)²³².

b) El principio «*ne bis in idem*»

En tercer lugar, el apartado c) del párrafo primero del artículo 17 se refiere, sin mencionarlo explícitamente, al principio *ne bis in idem*, en el sentido de que la persona ya ha sido enjuiciada por la conducta típica denunciada y, por tanto, “la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20”. A la luz de este último precepto, “la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 bis”. El principio de *ne bis in idem* prohíbe la doble sanción penal por un mismo hecho, esto es, que un comportamiento criminal sea sancionado dos veces en el caso de identidad del sujeto sancionado²³³. Esta regla está intrínsecamente relacionada con el principio de legalidad penal e igualmente con el de tipicidad. De ahí que, podemos decir que se trata también de un derecho subjetivo que asiste al procesado²³⁴; el derecho fundamental a no ser inculcado o juzgado doblemente por un mismo crimen de la competencia de la Corte. Dicho principio, que proviene de la dogmática jurídico-penal, es característico también del Derecho Internacional, especialmente en lo que atañe al ámbito de protección de los derechos humanos o al enjuiciamiento de los crímenes internacionales²³⁵.

²³² MACULAN, E., “La Corte Penal Internacional”, en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (dirs.), *Derecho Penal Internacional*, Madrid: Dykinson, 2ª ed., 2019, pp. 83-113, at pp. 92 y ss.

²³³ Puede consultarse BERNARD, D., *Juger et juger encore les crimes internationaux: étude du principe “ne bis in idem”*, Bruxelles: Bruylant, 2014, p. 312; DECAUX, E. y PUÉCHAVY, M., *Le principe “ne bis in idem”*, Bruxelles: Nemesis, 2012, p. 301; GUIASOLA LERMA, C., “La identidad de sujeto sancionado como presupuesto del derecho al *ne bis in idem*”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Vol. 10, 2003, pp. 215-243.

²³⁴ Este principio está íntimamente vinculado al principio de legalidad de los delitos y las penas, según la doctrina penalista y constitucionalista, que lo elevan al rango de derecho fundamental: el derecho a no ser penado dos veces por una misma conducta típica. Véase MAQUEDA ABREU, M.L. y LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica*, op. cit., pp. 67 y ss.

²³⁵ Entre otros textos internacionales, el principio *ne bis in idem* está previsto en el párrafo séptimo del Art. 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en estos términos: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.» *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 16 de diciembre de 1966, adoptados por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 [UN Doc. A/RES/2200(XXI)]. El Pacto entró en vigor el 23 de marzo de 1976 [UNTS, Vol. 999, No. 14668, p. 241]. Igualmente, este principio ha sido recogido por los Estatutos del TPIY [art. 10] y el TPIR [art. 9].

No obstante, cabe señalar que la operatividad de esta excepción procesal está condicionada al cumplimiento de todas las garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional (*due process*) y, sobre todo, al funcionamiento real y efectivo de las jurisdicciones penales nacionales. En palabras de HONRUBIA, este principio es una garantía reconocida a todo justiciable, aunque, como se trata de crímenes tipificados por el Derecho Internacional y de un procedimiento seguido ante una jurisdicción penal internacional, ese principio no puede ser extrapolado de forma automática del derecho interno al Derecho Internacional²³⁶.

Teniendo en cuenta este importante matiz, cabe indicar que la aplicación del principio *ne bis in idem* está claramente subordinada al principio de primacía del Derecho Internacional sobre los derechos internos de los Estados, en este caso Partes en el Estatuto de Roma²³⁷.

De ahí que, el Estatuto consagra este principio, aunque no sin excepciones. Si la Corte constatare o verificase la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes respecto del proceso que se desarrolla ante la otra autoridad judicial u tribunal interno, en tal caso podrá admitir la causa *criminis* sin dar eficacia a dicho principio:

1) Que el proceso sustanciado ante el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad criminal por alguno de los crímenes de la competencia de la Corte;

2) Que el proceso no hubiere sido instruido con imparcialidad y de forma independiente, de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional y, por último;

3) Que el proceso hubiere sido instruido de una forma incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

En definitiva, podemos sintetizar que la eficacia de este apartado c) queda supeditada a la efectividad y la seriedad del proceso judicial en el ámbito interno

²³⁶ ABELLÁN HONRUBIA, V., "La responsabilité internationale de l'individu", *op. cit.*, pp. 399-404.

²³⁷ Sobre la primacía del Derecho Internacional puede consultarse a LATTANZI, F., "La primazia del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia sulle giurisdizioni interne", *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 79, Fascicolo 3, 1996, pp. 597-619.

del Estado con jurisdicción para investigar y enjuiciar, con el objeto fundamental de evitar la impunidad y preservar así la función específica que viene a cumplir este principio. En caso contrario, la Corte podrá resolver favorablemente sobre la admisibilidad del asunto que le ha sido remitido.

c) El umbral de gravedad

Por último, el apartado d) de la norma establece la necesidad de una cierta *gravedad* “suficiente” de la causa *criminis* para su admisión por parte de la Corte. Este inciso requiere que el asunto cumpla con el llamado “umbral de gravedad” para que aquella pueda resolver favorablemente sobre la admisibilidad de aquel. Además, la gravedad debe ser *suficiente*, aunque el Estatuto no define lo que debe entenderse por ‘gravedad’, ni tampoco el grado exigido para su ‘suficiencia’.

En ambos casos, estamos hablando de conceptos jurídicos indeterminados que son precisados de forma casuística por la Corte. El apartado d) señala que “el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”. En virtud de ello, ésta deberá inadmitir el asunto, no porque éste no debe ser sometido a la acción de la justicia penal, sino porque carece de interés suficiente para la justicia penal internacional, al no cumplir con el umbral mínimo de gravedad exigido por el Estatuto de Roma. Encontramos un pronunciamiento en este contexto en el propio artículo 53.1, letra c), cuando se refiere a la apertura de una investigación por parte del Fiscal, afirmando que, en tal caso, deben existir “razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. En opinión de la Corte, de acuerdo con el artículo 17.1, letra d), esta exigencia supondría que:

«[A]ny case not presenting sufficient gravity to justify further action by the Court shall be declared inadmissible. [...] [T]he fact that a case addresses one of the most serious crimes for the international community as a whole **is not sufficient for it to be admissible before the Court**»²³⁸.

²³⁸ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecutor’s Application for a warrant of arrest, Article 58”, 10 February 2006, ICC-01/04-01/06-1-Corr-Red, para. 41. Énfasis añadido.

Teniendo en cuenta la importante imprecisión de los términos señalados y la discrecionalidad que caracteriza la actuación del Fiscal, la Sala de Cuestiones Preliminares en el asunto del *Fiscal v. Lubanga Dyilo* intentó llevar por el cauce de la concreción este concepto indeterminado, con la finalidad de reunir, aunque sea mínimamente, unos criterios que reconduzcan la actuación de la Fiscalía. Entre esos criterios para determinar la gravedad de un asunto, la Sala manifestó que la conducta debe haber provocado una gran alarma social a nivel internacional, que sea sistemática y a gran escala. Por último, también exigía un requisito cualitativo (“*seniority*”) en cuanto a la persona responsable de la comisión de tales crímenes, esto es, que se trate de uno de los máximos responsables en la presunta comisión de crímenes de la competencia de la Corte, por su papel y posición en el grupo o la comunidad a la que pertenece²³⁹.

Estos criterios (“*features*”)²⁴⁰ han sido contestados con posterioridad por la Sala de Apelaciones²⁴¹. No obstante, partiendo de estas decisiones judiciales, la Fiscalía aprobó un *Reglamento de la Fiscalía*²⁴² precisamente para ‘reglamentar’ sus actuaciones. El Reglamento 29 establece textualmente que: “[i]n order to assess the gravity of the crimes allegedly committed in the situation the Office shall consider various factors including their scale, nature, manner of commission, and impact²⁴³”. La misma aproximación e interpretación han sido confirmadas por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso del *Fiscal v. Bahar Idriss Abu Garda*²⁴⁴. En este último asunto, la Sala estableció con mucho acierto sobre la prueba o “test de admisibilidad” lo siguiente:

«The admissibility test, as established by this Chamber, is composed of two parts: the first relating to national investigations, prosecutions and trials concerning the facts alleged in the case at hand, and the second to the gravity threshold that the case should meet to be admissible before the Court²⁴⁵.»

²³⁹ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, “Decision concerning the Hearing on 2 February 2006”, 22 March 2006, ICC-01/04-01/06-47, para. 5.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Chamber, “Defence Appeal Against the Pre-Trial Chamber’s ‘Décision sur la confirmation des charges’ of 29 January 2007”, 30 January 2007, ICC-01/04-01/06-797.

²⁴² ICC, OTP, *Regulations of the Office of the Prosecutor*, 23 April 2009, ICC-BD/05-01-09.

²⁴³ Regulation 29 (*Initiation of an investigation or prosecution*).

²⁴⁴ ICC, *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Confirmation of Charges”, 8 February 2010, ICC-02/05-02/09-243-Red.

²⁴⁵ ICC-02/05-02/09-243-Red, para. 28.

A continuación, la Sala establece que suya la posición de la Fiscalía, en el sentido de que admite la necesidad de tomar en consideración varios factores en la valoración de la gravedad de un asunto, tales como: la naturaleza, el modo de comisión y el impacto del presunto ataque²⁴⁶. Además, dice la Sala, la gravedad de un asunto determinado no debe evaluarse únicamente desde una perspectiva cuantitativa, esto es, considerando solamente el número de víctimas; más bien, la dimensión cualitativa del crimen debe tomarse igualmente en consideración a la hora de evaluar la gravedad del asunto de que se trate²⁴⁷.

Adicionalmente, ciertos factores relevantes para la apreciación del umbral de gravedad respecto de la imposición de la pena se enumeran en la Regla 145.1, letra c), de las *Reglas de Procedimiento y Prueba*²⁴⁸. De esta manera, para determinar la pena a imponer, la Corte tendrá en cuenta los siguientes criterios: “la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de

²⁴⁶ ICC-02/05-02/09-21-Conf, para. 7.

²⁴⁷ ICC-02/05-02/09-243-Red, para. 31: «In the view of the Chamber, several factors may be taken into account in the assessment of the gravity of a case. In this respect, the Chamber agrees with the Prosecution’s view that, in assessing the gravity of a case, “the issues of the nature, manner and impact of the [alleged] attack are critical”. Further, the gravity of a given case should not be assessed only from a quantitative perspective, i.e. by considering the number of victims; rather, the qualitative dimension of the crime should also be taken into consideration when assessing the gravity of a given case.» Además, la Sala tomó nota de la siguiente observación: «[t]hat a purely quantitative test should be used to assess gravity for the purpose of determining prosecutorial priorities is questionable», y que «[m]any other factors other than the sheer number of victims should be relevant». Véase a SCHABAS, W.A. y EL ZEIDY, M.M., “Issues of Admissibility”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 781-831; WILLIAMS, S.A. y SCHABAS, W.A., “Issues of Admissibility”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers’ Notes, Article by Article*, München/Oxford/Baden-Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2ª ed., 2008, pp. 605-625, at p. 622.

²⁴⁸ A modo de aclaración, las Reglas de Procedimiento y Prueba constituyen un instrumento para la aplicación del Estatuto de Roma, al cual están subordinadas en todos los casos. Al elaborar las mismas, se ha procurado evitar la reformulación y, en lo posible, la repetición de las disposiciones del Estatuto. Se han incluido referencias directas del Estatuto en las Reglas, con el fin de destacar la relación entre ambos instrumentos con arreglo al Art. 51, en particular los párrafos 4 y 5. En todos los casos, las Reglas de Procedimiento y Prueba deben interpretarse conjuntamente con las disposiciones del Estatuto y con sujeción a ellas. Además, a los efectos de un proceso judicial en un Estado, las Reglas no afectarán a las normas procesales internas de ese sistema jurídico.

modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado²⁴⁹.”

Más recientemente, podemos mencionar la decisión de 12 de abril de 2019 de la Sala de Cuestiones Preliminares II de denegar la apertura de la investigación solicitada por la Fiscalía el 20 de noviembre de 2017 en la situación en Afganistán. En concreto, la Sala consideró que, si bien se cumplía con el criterio de gravedad exigido por el Estatuto²⁵⁰, no obstante, la situación en ese país es tal que hace que las perspectivas de una investigación y un procesamiento exitosos sean limitadas o *extremadamente limitadas*. En consecuencia, dijo la Sala, el enjuiciamiento de las conductas presuntamente cometidas en territorio afgano no redundaría en *interés de la justicia* en el momento actual²⁵¹.

Por su parte, el **párrafo segundo del artículo 17** alude a las circunstancias que pueden considerarse como una manifestación de falta de voluntad o falta de capacidad por parte del Estado referido en el párrafo primero. Por tanto, a fin de determinar si existe esa falta de capacidad o de disposición en un asunto, la Corte realizará un examen, según el caso, acerca de las siguientes circunstancias:

- a) Que el juicio o la decisión judicial se hayan realizado con el propósito de sustraer a la persona por los crímenes de la competencia de la Corte de su responsabilidad penal;
- b) Que el juicio se haya demorado de forma injustificada e incompatible con la intención del Estado de hacer comparecer al responsable ante la acción de la justicia;
- c) Que el proceso penal no se haya sustanciado con arreglo a las debidas garantías procesales de independencia e imparcialidad, de manera que resulte incompatible con la intención del Estado de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

²⁴⁹ Véase la Regla 145, párrafo 1, letra c), de las Reglas de Procedimiento y Prueba, ICC-ASP/1/3.

²⁵⁰ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, 12 April 2019, ICC-02/17-33, para. 80 *et seq.*

²⁵¹ *Ibid.*, para 96.

La primera circunstancia se fundamenta en la celebración de un juicio que no tiene como finalidad depurar responsabilidades penales, sino la de aparentar una acción malintencionada, con el fin de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por la comisión de alguno de los crímenes del artículo 5 del Estatuto. En esta situación, el Estado en cuestión podría argumentar que el proceso sigue pendiente (*litispendencia*), o que el juicio ha acabado con sentencia absolutoria (efecto de cosa juzgada). Es decir, ese Estado puede ampararse en el principio *ne bis in idem* y la interdicción de la doble incriminación. No obstante, a pesar de que el Estatuto consagra el principio *ne bis in idem* en su artículo 20.3, se trata de una disposición que admite excepciones, como la recogida en la letra a) del artículo 17.2 relativa a la falta de voluntad. La segunda causa se refiere a una demora injustificada en el juicio, que es incompatible con el interés del Estado de perseguir el crimen. Por último, el apartado c) se refiere al incumplimiento o la inobservancia de los principios del proceso debido, es decir, cuando el mismo se haya sustanciado sin las debidas garantías judiciales, como son la independencia y la imparcialidad de todo órgano jurisdiccional²⁵².

En resumen, debemos subrayar la idea que subyace detrás de todas estas causas, que, en caso de verificarse por la Corte, ésta podrá acordar la incapacidad o la indisposición del Estado de que se trate. En consecuencia, es absolutamente necesario que el Estado actúe de conformidad con los principios de un proceso justo, esto es, con las debidas garantías reconocidas por el Derecho Internacional. En caso contrario, la legitimación de la Corte para intervenir en la causa *criminis* es plena y justificada por la inacción del Estado²⁵³. Por lo que, esa intervención es

²⁵² Tales criterios de independencia e imparcialidad aparecen recogidos por PIKIS, quien los define de la siguiente manera: «Independence of the investigatory and prosecutorial authorities signifies freedom from any source or sphere of influence that might derail, taint or divert the authorities from their tasks. Impartiality denotes lack of bias on the part of the authorities especially on the part of judges, actual or apparent...». En PIKIS, G.M., *The Rome Statute for the International Criminal Court...*, *op. cit.*, p. 57, para. 137.

²⁵³ El párrafo 3 del Art. 17 del Estatuto de Roma aclara que, «[a] fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.»

subsidiaria a la del Estado, quien, o no actúa, o lo hace de una forma claramente contraria a la intención de hacer comparecer al responsable ante la justicia.

Finalmente, cabe advertir que todas las causas anteriores son motivo para que la Corte intervenga en un asunto con carácter preferente, dada la incapacidad o la indisposición de un Estado de hacerlo *ex ante*. Aunque, todas ellas son causas que, si no se respetan escrupulosamente, fundamentarían la impugnación de la competencia de la Corte sobre la admisibilidad de la causa, según el artículo 19.2 del Estatuto²⁵⁴. En virtud del párrafo primero del precepto, la Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas, ya que la misma es ‘Juez de su competencia’, y además determinará de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17 del Estatuto²⁵⁵.

En virtud del artículo 19, existe una responsabilidad *ex officio* de la Corte y de cada uno de sus órganos, incluida la Fiscalía²⁵⁶, en materia de competencia, en el sentido de que aquella debe cerciorarse de que tiene competencia en un asunto determinado. Así lo ha venido a reconocer la Sala de Cuestiones Preliminares I, al decir en una de sus recientes decisiones que: “[i]t is an established principle of international law that any international tribunal has the power to determine the extent of its own jurisdiction²⁵⁷.” Lo anterior no es más que la consecuencia lógica de su función como órgano jurisdiccional, que en la doctrina alemana se conoce

²⁵⁴ Art. 19.2 del Estatuto de Roma: «Podrán impugnar la admisibilidad de la causa, por uno de los motivos mencionados en el artículo 17, o impugnar la competencia de la Corte: a) El acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia con arreglo al artículo 58; b) Un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes; o c) Un Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12.»

²⁵⁵ Sobre el principio «*compétence de la compétence*» se había pronunciado en su momento el TPIY: «This power, known as the principle of “Kompetenz-Kompetenz” in German or “la compétence de la compétence” in French, is part, and indeed a major part, of the incidental or inherent jurisdiction of any judicial or arbitral tribunal, consisting of its “jurisdiction to determine its own jurisdiction.” It is a necessary component in the exercise of the judicial function and does not need to be expressly provided for in the constitutive documents of those tribunals, although this is often done (see, e.g., Statute of the International Court of Justice, Art. 36, para. 6).» Vid. ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Chamber, “Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, Judgment of 2 October 1995 (Case No. IT-94-1-T), paras. 18-19, at para. 18.

²⁵⁶ De conformidad con el Art. 34 del Estatuto de Roma.

²⁵⁷ ICC, *Request under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute””, 6 September 2018, ICC-RoC46(3)-01/18, paras. 30-33, at para. 30. Véase también ICJ, *Nottebohm Case (Preliminary Objections) (Liechtenstein v. Guatemala)*, Judgment of 18 November 1953, *ICJ Reports* 1953, p. 111, at p. 119.

como el principio *Kompetenz-Kompetenz*, o la competencia inherente del Juez para determinar su propia competencia²⁵⁸.

3.2. Las decisiones preliminares relativas a la admisibilidad del asunto

Desde la perspectiva de la aplicación del principio de complementariedad, del que ya hemos hablado, ahora debemos referirnos al artículo 18 del Estatuto, que se encarga de regular las *decisiones preliminares relativas a la admisibilidad*, cuya misión es garantizar la aplicación de aquel principio. El párrafo primero establece que cuando la Corte conozca de una situación que ha sido remitida por un Estado Parte, o si el Fiscal haya iniciado una investigación de oficio, éste deberá notificar la remisión o el inicio de la investigación a todos los Estados Partes y también a todos aquellos que ejercerían normalmente su jurisdicción sobre los crímenes de que se trate si tuvieran la información disponible. Acto seguido, durante el mes siguiente a la recepción de la notificación, el Estado en cuestión “podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción”. Si el Estado de que se trate así lo requiera, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor de dicho Estado, salvo que la Sala de Cuestiones Preliminares decida autorizar la investigación, a petición del Fiscal.

Pues bien, todo este procedimiento tiene su fundamento en la notificación a todos los Estados Partes de la remisión de una situación por otro Estado o la ya iniciada por el propio Fiscal. Esta notificación no está, sin embargo, prevista para el caso de una remisión efectuada por el Consejo de Seguridad. Según la opinión

²⁵⁸ En el *Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional* se incluyó una disposición similar, el Art. 24 (*De las obligaciones del Tribunal en materia de competencia*). En este precepto se afirmaba lo siguiente: «El Tribunal apreciará su propia competencia en todo asunto que se le someta.» CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46° período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994)*, UN Doc. A/49/10, pp. 28 y ss., at p. 48. En esta línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) sobre su propia competencia contenciosa al establecer que: «La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*).» Véase, en particular, el asunto CtIDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia sobre Competencia de 24 de septiembre de 1999, para. 32.

de SALVATORE ZAPPALÀ, el motivo podría estar en la suficiencia de la remisión en sí misma, como fundamento razonable para autorizar a la Fiscalía a que inicie la investigación sobre la base de la información disponible, y ello *sin necesidad* de la preventiva notificación a los Estados o la petición de previa autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares para proceder con la investigación²⁵⁹. En definitiva, cualquier situación remitida por la vía del artículo 13 b) del Estatuto está excluida de las decisiones preliminares relativas a la admisibilidad, incluida la cuestión o petición de inhibición del Fiscal, a favor de un Estado, que así se lo haya pedido para que aquel no prosiga con la investigación.

IV. LOS MODOS DE EJERCICIO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Una vez expuestos los criterios jurisdiccionales y de admisibilidad de un asunto en el ámbito del Estatuto, corresponde ahora referirnos a los *mecanismos convencionales* o *trigger mechanisms* que permiten activar la competencia de la CPI. Pues bien, de lo examinado en las páginas precedentes queda ya claro que existen tres mecanismos a través de los cuales la Corte puede conocer de una situación, dependiendo de quién sea el órgano que active el proceso ante la misma. Se trata de las tres únicas modalidades u órganos con verdadera legitimación activa o *ius standi* para remitir una situación a la Corte. Con la importancia que ello conlleva, se trata, en efecto, de los únicos sujetos legitimados para promover el ejercicio de la acción penal (una especie de *actio popularis*) en nombre de toda la Comunidad internacional considerada en su conjunto²⁶⁰.

²⁵⁹ ZAPPALÀ, S., “Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: luci e ombre”, *Rivista di diritto internazionale*, Vol. LXXXII, 1999, pp. 39-85, at p. 60.

²⁶⁰ En la doctrina nos encontramos con autores que se refieren a esta legitimidad o *ius standi* para iniciar un proceso ante la Corte como si se tratara de un derecho, hablando en consecuencia del ‘derecho a la jurisdicción’ en el Estatuto de Roma. En este contexto, LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ afirman que la legitimación procesal activa se concibe como uno de los aspectos más controvertidos en el Estatuto, puesto que los sujetos legitimados para promover el ejercicio de la acción penal son contados y taxativamente enunciados en el Art. 13. Siguiendo la teoría general del Derecho Procesal, cabe diferenciar dos tipos de capacidades: la *capacidad para ser parte*, que se refiere a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas; y la *capacidad procesal*, que se refiere a la aptitud para comparecer en el juicio y completar actos válidos en el proceso, en este

A la luz del artículo 13 del Estatuto de Roma, que versa sobre el ejercicio de esa competencia material, personal, temporal y territorial que ya hemos tenido oportunidad de estudiar, solamente un Estado Parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el Fiscal, actuando de oficio, podrán activar la competencia “latente” de la Corte. A este respecto, nos parece conveniente la cita del profesor OLÁSOLO, quien se refiere a la competencia de la Corte como a una “jurisdicción latente” para describir el proceso de su ejercicio²⁶¹. El autor afirma que, una vez que se determine que la Corte tiene competencia sobre un asunto, entonces hay que activar dicha competencia para la situación de que se trate, ya que la misma se encuentra ‘adormecida’²⁶² o en un estado latente.

A modo de aclaración, en cualquiera de los supuestos de los apartados a) y c) del artículo 13 nos referimos siempre a Estados Partes en el Estatuto, ya que un Estado no Parte puede remitir un asunto propio únicamente a través de una declaración de aceptación de la competencia de la Corte en el marco del artículo 12.3. Con ello, en el caso del artículo 13 b), la Corte ejercerá predominantemente su competencia en el ámbito de Estados que no son Partes en el Estatuto.

Por tanto, cuando nos referimos a los conocidos como *trigger mechanisms*, debemos tener en cuenta quién promueve la situación, ya que, en uno u otro caso, puede haber alteraciones competenciales. Si un asunto se remite en virtud de los párrafos a) y c) del Estatuto de Roma, en este caso es necesario respetar todos los límites competenciales indicados *supra*, es decir, la competencia por razón de la materia, persona, tiempo y lugar, sin ninguna excepción. Mientras que, en el caso de que un asunto sea remitido a la Corte por iniciativa del Consejo de Seguridad,

caso ante la Corte. En lo que se refiere a ésta, mediante el término de *legitimación activa* o *ius standi* debemos de entender el reconocimiento expreso por el Estatuto del derecho a promover la acción penal únicamente por unos órganos predeterminados. Cuando hablamos de órganos, obviamente excluimos la posibilidad de que personas físicas o naturales puedan promover la acción penal, al menos de forma directa, ante la Corte. Este derecho al que nos referimos es un derecho exclusivo, en la medida en que se atribuye en exclusiva. Véase particularmente a LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, op. cit., pp. 173 y ss.

²⁶¹ OLÁSOLO ALONSO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, op. cit., p. 39.

²⁶² El entrecomillado es nuestro.

entonces se produce una alteración de la competencia personal y territorial²⁶³, lo que no sucede con la competencia *ratione materiae* y *ratione temporis*.

En efecto, el Estatuto de Roma limita el derecho a promover el ejercicio de la acción penal a los tres sujetos mencionados expresamente en el artículo 13. Por tanto, a *sensu contrario*, dicha posibilidad queda vetada para el individuo, quien no puede activar la competencia de la Corte, es decir, no puede denunciar a otro particular ante la misma en caso de considerar a este último presunto responsable de crímenes de su competencia. Ello se debe al hecho de que la figura del *acusador particular* (acusación particular) o *denunciante* no está contemplada en el Estatuto.

Por lo que se refiere a las personas físicas, el Estatuto no reconoce el *locus standi in judicio* a los particulares, personas naturales, que son meros participantes en el proceso penal ante la Corte. En efecto, a pesar del innegable reconocimiento progresivo de la capacidad jurídica del individuo para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas en el ámbito del Derecho Internacional contemporáneo, no podemos afirmar lo mismo con respecto a su *capacidad de obrar* en el contexto de la Corte. Ello es así porque el Estatuto adopta una posición regresiva en cuanto a la capacidad de la persona humana, al no contemplar un modelo de legitimación activa como el que podemos encontrar en el artículo 34 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 4 de noviembre de 1950²⁶⁴, frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De ahí que, el Estatuto lo que hace es diferenciar los dos tipos de capacidades, partiendo claramente del *status quo* del Derecho Internacional. Desde esta perspectiva, cabe concluir que el único precedente de la práctica internacional sobre el *locus standi*

²⁶³ En este mismo sentido, siguiendo las palabras de PIKIS: «This limitation of the territorial and personal jurisdiction of the Court does not apply to proceedings arising from a referral to the Prosecutor by the Security Council under chapter VII of the Charter of the United Nations. This chapter empowers the Security Council to take measures deemed necessary to confront breaches of peace and acts of aggression. Thus whenever the Security Council deems appropriate to refer to the ICC, in furtherance of its mandate, crimes committed within the jurisdiction of the Court, the crimes committed in the context of such a situation are not subject to the territorial or personal limitations of the jurisdiction of the Court.» Vid. PIKIS, G.M., *The Rome Statute for the International Criminal Court...*, *op. cit.*, p. 52, para. 129.

²⁶⁴ Consejo de Europa, *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950, modificado por los Protocolos No. 11 y No. 14, estando en vigor desde el 3 de septiembre de 1953 [ETS, 5].

de las personas naturales es el que nos ofrecen los Estatutos de los dos Tribunales Penales Internacional *ad hoc*²⁶⁵.

La misma conclusión procede con respecto a las organizaciones de defensa de los derechos humanos. Ahora bien, una cosa es que los individuos y las ONGs no estén legitimados para remitir una situación por carecer de capacidad procesal de obrar ante la Corte, y otra cosa muy distinta es que estos sujetos puedan, y en realidad deben, poner en conocimiento de la Fiscalía toda información relevante, o la noticia del hecho criminal. Nos referimos, por tanto, a la colaboración de las ONGs con la Fiscalía, necesaria para que la Corte pueda acometer su mandato y luchar de forma más efectiva y mejor contra la impunidad. A partir de lo anterior, podemos separar la línea entre la puesta en conocimiento de la *notitia criminis* y el ejercicio de la acción penal, reservada tan sólo a tres sujetos. La primera acción constituye la fase preliminar necesaria para pasar a la segunda, integrada por el ejercicio de la acción penal en sentido estricto.

4.1. El ejercicio de la competencia por iniciativa de un Estado o grupo de Estados Partes: la remisión de Venezuela

En primer lugar, el artículo 13 a) reconoce en exclusiva el derecho a todo Estado Parte a ejercer la acción penal mediante la remisión de una situación a la Fiscalía de la Corte, de conformidad con el artículo 14. Se trata del primer sujeto con *ius standi* ante la Corte, pudiendo promover el ejercicio de la competencia de ésta respecto de una situación determinada. Este reconocimiento debe entenderse como una forma más de reafirmar la idea de la complementariedad entre la Corte y las jurisdicciones penales nacionales de los Estados Partes. A nuestro parecer, se trata de una consecuencia lógica, teniendo en cuenta la potestad de los Estados

²⁶⁵ Vid. LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, op. cit., pp. 173 y ss., en especial p. 176. Véase también el Art. 34 del CEDH: «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.»

de ejercer el *ius puniendi* en sus respectivos ámbitos territoriales y sobre todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, sean nacionales o extranjeros. El Estado Parte que remite la situación lo hace respecto de su territorio, entendido en sentido amplio, respecto de los crímenes cometidos en él por sus nacionales y también por los nacionales de cualquier otro Estado que se hallen en su territorio y sujetos a su ámbito de jurisdicción. De esta manera, si un Estado está facultado para ejercer la potestad sancionadora ¿por qué no va a poder hacerlo con respecto a una jurisdicción penal internacional que se caracteriza fundamentalmente por la complementariedad, como una forma de respetar su soberanía nacional en esta materia? Efectivamente, la filosofía que hay detrás del Estatuto es que los Estados siguen siendo los principales responsables en llevar a cabo las investigaciones y los enjuiciamientos de las causas penales en que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes de la competencia de la Corte.

A continuación, el artículo 14 es el que desarrolla en sus dos apartados las características de la remisión de una situación por un Estado Parte. En su párrafo primero se prevé que el Estado denunciante ponga en conocimiento de la Fiscalía la *notitia criminis* y la documentación justificativa de que disponga, con el objeto de que aquella *inicie una investigación* sobre la base de la información disponible. A la luz del sentido corriente de este apartado, todo Estado Parte pedirá al Fiscal “que investigue la situación”, terminología que nos permite entender que en tales casos la Fiscalía deberá efectuar un examen para determinar si existe fundamento suficiente para abrir una investigación, aunque el mismo no está supeditado a la preceptiva autorización por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares, como sí sucede en el supuesto regulado por el artículo 15.3, relativo a la actuación *proprio motu*²⁶⁶.

El artículo 14 utiliza la expresión “[t]odo Estado Parte” conocedor de una situación. Por lo tanto, entendemos que puede tratarse tanto del Estado territorial en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta [art. 12.2 a)], así como del Estado

²⁶⁶ Esta idea ha sido confirmada por la Corte, entre otros, en el pronunciamiento de 12 de abril de 2019: ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, 12 April 2019, ICC-02/17-33, para. 30.

del que sea nacional el acusado del crimen [art. 12.2 b)]. No obstante, no hay una disposición en sentido contrario que impida que sea otro Estado Parte, ajeno a la situación, pero conocedor de la misma, quien remita la *notitia criminis* al Fiscal.

En directa relación con esta idea de denuncia pública, conviene referirnos a la reciente remisión, no ya de un Estado Parte de forma unilateral²⁶⁷, sino de un grupo de Estados de forma colectiva²⁶⁸, formulando, el 25 de septiembre de 2018, la primera remisión conjunta²⁶⁹ desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma respecto de la situación imperante en la República Bolivariana de Venezuela, por los hechos ocurridos a partir del 12 de febrero de 2014²⁷⁰. Previamente al acto de remisión conjunta, la Fiscalía de la Corte ya había iniciado un examen preliminar sobre la situación que atravesaba el país, concretamente, el 8 de febrero de 2018, aunque la remisión colectiva tiene consecuencias importantes sobre la acción del Fiscal, en la medida en que haría innecesaria la preceptiva autorización judicial de la Sección de Cuestiones Preliminares, en caso de que el mismo decida iniciar una investigación formal.

Recordemos que cuando se haya remitido una situación *ex* artículo 13 a) y la Fiscalía haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación, entonces es necesaria la notificación a todos los demás Estados Partes en el Estatuto, de conformidad con el artículo 18.1 del Estatuto. Se trata de uno de los mecanismos más utilizados hasta la fecha para poner una situación a disposición de la Corte. En cualquier caso, la remisión, con independencia de que

²⁶⁷ Hasta la fecha se han efectuado las siguientes remisiones por Estados Partes, que se encuentran en fase de investigación: Uganda (2004), la República Democrática del Congo (2004), la República Centroafricana (2004 y 2014), Mali (2012), Costa de Marfil (2013). La situación en Palestina (2015) se encuentra en fase de examen preliminar. Esta información ha sido consultada el 14 de febrero de 2019 en la página web de la Corte: Preliminary examinations y Situations under investigation.

²⁶⁸ Los Estados Partes remitentes de la situación son, a saber: la República Argentina, Canadá, la República de Chile, la República de Colombia, la República del Paraguay y la República del Perú. Los Estados remitentes solicitaron a la Fiscalía que inicie una investigación, con arreglo al Art. 14 del Estatuto, por los crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el territorio de Venezuela desde el 12 de febrero de 2014. Esta es la primera remisión realizada por un grupo de Estados Partes respecto de una situación ocurrida en el territorio de otro Estado Parte.

²⁶⁹ Véase *Declaración Conjunta de Remisión de la Situación en Venezuela*, de 25 de septiembre de 2018, firmada por los Gobiernos de Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Paraguay y Perú.

²⁷⁰ CPI, *Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la remisión por parte de un grupo de seis Estados Partes en relación con la situación en Venezuela*, Declaración, 27 de septiembre de 2018. Sobre la remisión de una situación por un grupo de Estados Partes, véase ORTIZ, N.E., "Understanding the State Party Referral of the Situation in Venezuela", *EJIL: Talk!*, 1 November 2018.

provenza de un solo Estado o de un grupo de Estados Partes, se dirige siempre a la Fiscalía.

4.2. El ejercicio de la competencia por iniciativa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

La segunda modalidad establecida por el artículo 13 del Estatuto de Roma para el ejercicio de la competencia de la Corte consiste en la actuación del Consejo de Seguridad en el ámbito del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, decidiendo como medida para mantener la paz y la seguridad internacionales la remisión de una determinada situación a la Fiscalía. En este caso, la competencia del Consejo de Seguridad es general y afecta a cualquier Estado de la Comunidad internacional que ostente la condición de Miembro dentro de esta Organización. Antes de continuar con este mecanismo de activación, procede adelantar que esta cuestión constituye el objeto de la tesis y será analizada con detalle en el Capítulo V del presente trabajo.

El artículo 13 b) tan sólo reconoce la prerrogativa del Consejo de Seguridad para activar la competencia de la Corte, pero el fundamento jurídico de ese poder no está, ni implícita ni explícitamente en el Estatuto, sino que lo encontramos en los artículos 24 y 39 de la Carta de las Naciones Unidas²⁷¹. De esta forma, cuando el Consejo de Seguridad decide en el marco del Capítulo VII que la medida más apropiada para afrontar una situación de violaciones sistemáticas de los derechos humanos pasa por depurar las responsabilidades de los perpetradores, entonces, en efecto, puede enviar dicha situación a la Fiscalía. De nuevo, se trata solamente de una remisión que pone en evidencia unos hechos delictivos presuntamente constitutivos de uno o varios crímenes de la competencia de la Corte. Por lo tanto, no se trata de una apertura automática del proceso judicial, puesto que la Fiscalía

²⁷¹ El apartado primero del Art. 24 establece cuáles son las funciones y los poderes atribuidos al Consejo de Seguridad, afirmando que: «A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.»

deberá decidir si la situación remitida cumple los criterios jurisdiccionales dentro del Estatuto, si los crímenes referidos son de la competencia material de la Corte, y si finalmente existe fundamento suficiente para abrir una investigación. En este caso tampoco será necesaria la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar la investigación. Lo contrario significaría admitir que la Sala puede *desautorizar* una situación remitida por el Consejo. Además, podemos indicar que en estos casos tampoco sería necesaria la previa notificación a los demás Estados Partes, entendemos por los efectos mismos de la resolución adoptada en el marco del Capítulo VII.

El Reglamento 30 de los *Reglamentos de la Fiscalía* establece para estos casos que, cuando el Fiscal ha determinado que existe una base razonable para iniciar una investigación, su Oficina notificará al Consejo de Seguridad la apertura de la misma por medio del Secretario General de las Naciones Unidas²⁷².

En realidad, la potestad de remisión del Consejo de Seguridad reconocida en el Estatuto constituye una de las facultades más remarcables, en la medida en que permite *suplir la ausencia de jurisdicción* de la Corte en una situación concreta por la falta de vínculos jurisdiccionales relevantes. Entendido de esta forma, este poder permite que nadie, independientemente de su condición y rango, se escape de la acción de la justicia penal internacional. Se trata, por tanto, del único modo convencional que permite la intervención de la Corte en el territorio de un Estado no Parte en el Estatuto. En estas circunstancias es irrelevante el lugar de comisión del crimen, así como la nacionalidad del presunto responsable. Hasta la fecha se han remitido solamente dos situaciones contra toda expectativa de la Comunidad internacional. La primera, llevada a cabo por la Resolución 1593 (2005), mediante la que el Consejo de Seguridad estrena su poder de remisión y “[d]ecide remitir la situación en Darfur²⁷³”. La segunda, la que se refiere a “la situación imperante en

²⁷² El Reglamento 30 (*Notification in relation to article 13, paragraph (b)*) establece: «When a situation has been referred to the Prosecutor pursuant to article 13, paragraph (b), and the Prosecutor has determined that there would be a reasonable basis to initiate an investigation, the Office shall notify the Security Council through the Secretary-General of the United Nations.» Vid. ICC, OTP, *Regulations of the Office of the Prosecutor*, ICC-BD/05-01-09.

²⁷³ CSNU, Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 1. El Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, decidió por primera vez «remitir la situación en Darfur desde el 1º de julio de 2002 al Fiscal de la Corte Penal Internacional». Sobre la remisión puede consultarse, en concreto, LÓPEZ-JACOISTE,

la Jamahiriya Árabe Libia”, fue remitida mediante la inclusión de un apartado en la parte dispositiva de la Resolución 1970 (2011)²⁷⁴.

Para terminar, por lo que se refiere a las cuestiones de admisibilidad, hace falta hacer la siguiente aclaración. En los casos de una remisión por el Consejo de Seguridad, las cuestiones de admisibilidad del artículo 17 no se aplican, como sí sucede con el resto de mecanismos de activación de la competencia de la Corte. Dicho de otra manera, en los asuntos remitidos *ex* artículo 13 b) se podrían omitir las exigencias de admisibilidad del artículo 17.

4.3. El ejercicio de la competencia por iniciativa del Fiscal

En tercer lugar, el artículo 13 c) confiere al Fiscal la potestad para iniciar de oficio una investigación, activando la competencia de la Corte respecto de uno de los crímenes del artículo 5 del Estatuto, y actuando con arreglo a los criterios establecidos por el artículo 15. Se trata de que el Fiscal, actuando unilateralmente o *proprio motu*, inicie una investigación respecto de un crimen de la competencia de la Corte, aunque para tal fin deberá pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares una autorización, según establece el párrafo tercero del artículo 15. Asimismo, las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala, de conformidad con las *Reglas de Procedimiento y Prueba*. Es decir, si el Fiscal recibiese una información veraz²⁷⁵ acerca de la comisión de alguno de los crímenes del artículo 5 del Estatuto —para

E., “La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la intervención de la Corte Penal Internacional en la crisis de Darfur: ¡A la sexta va la victoria!”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 57, No. 1, 2005, pp. 489-495.

²⁷⁴ CSNU, Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero de 2011, UN Doc. S/RES/1970 (2011), para. 4. Una vez activada la competencia de la Corte por el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, la Fiscalía anunció la apertura de una investigación sobre la base de la remisión de la “situación imperante” en Libia. Tras concluir el examen preliminar, el Fiscal llegó a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación de conformidad con el Art. 15 del Estatuto, lo que ocurrió efectivamente en marzo de 2011. Puede consultarse el intercambio de cartas entre el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-MOON, y el ex Fiscal de la Corte, Luis MORENO OCAMPO. Vid. ICC, OTP, ICC-01/11-1-Anx, 4 March 2011.

²⁷⁵ Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte. Véase el párrafo segundo del Art. 15 del Estatuto de Roma.

lo cual podrá valerse de la información que le proporcionen los propios Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales u otras fuentes fidedignas —, y además considerase que existen indicios racionales y suficientes para abrir la investigación²⁷⁶, entonces deberá presentar una *petición de autorización* (*Prosecutor's Request*) a la Sala.

Ahora bien, ello no significa que la denuncia deba, en sí misma, probar la existencia de indicios racionales de criminalidad, sino que se exige que contenga la información y los documentos justificativos suficientes para demostrar que, al parecer, se ha cometido un crimen de la competencia de la Corte. Esto sería un punto de partida suficiente para la investigación. En consecuencia, la Sala podrá aceptar la petición del Fiscal y autorizar así el inicio de la investigación, aunque, como hemos dicho, sólo si “considerare que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte²⁷⁷”.

Por el contrario, en caso de negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a acceder a la petición de la Fiscalía y a autorizar el inicio de la investigación, ello “no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación²⁷⁸.” Todo ello se entiende sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa, tratándose en esos casos de cuestiones o piezas separadas.

Por tanto, en los casos de ejercicio de la competencia de la Corte *ex* artículo 13 c), se exige la actuación *conforme* del Fiscal con el artículo 15 del Estatuto y lo dispuesto en él. Esta exigencia debe entenderse como la regla general en el marco

²⁷⁶ Véanse los comentarios de la Comisión sobre el Art. 25 (*De la denuncia*) del *Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional*. CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones* (2 de mayo-22 de julio de 1994), UN Doc. A/49/10, p. 49.

²⁷⁷ Véase el párrafo cuarto del Art. 15 del Estatuto de Roma. De acuerdo con este párrafo, la Sala de Cuestiones Preliminares debe considerar también, para autorizar el inicio de la investigación, si «el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte». En la *situación en la República de Kenia*, la Sala observó que este requisito se entendería referido a “posibles casos” (“*potential cases*”) dentro de la situación de que se trate. ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, 31 March 2010, ICC-01/09-19-Corr, p. 28, para. 64.

²⁷⁸ Véase el párrafo quinto del Art. 15 del Estatuto de Roma.

del Estatuto, en el sentido de que la autorización judicial preceptiva y la respuesta favorable de la Sala son una condición necesaria para el inicio de la investigación. Sin embargo, la propia Fiscalía ha señalado que, en determinados casos, no sería necesaria la autorización de la Sala, como por ejemplo cuando un Estado no Parte deposite una declaración de aceptación de la competencia de la Corte *ex* artículo 12.²⁷⁹ Entendemos que lo mismo cabe indicar respecto de una situación remitida por el Consejo de Seguridad en virtud del artículo 13 b), puesto que la apertura de la investigación no estará condicionada a la mencionada autorización judicial.

Conforme a los criterios establecidos en el artículo 15, el procedimiento de autorización judicial puede verse como una prerrogativa de la Sala de Cuestiones Preliminares, con el objeto de supervisar la actuación discrecional de la Fiscalía y evitar así actuaciones arbitrarias. De esta manera lo ha reconocido la Sala cuando se le ha presentado la *Requête*. En la *situación en la República de Kenia*, aquella dijo que: “the purpose of the article 15 procedure is to provide the Chamber with a supervisory role over the *proprio motu* initiative of the Prosecutor to proceed with an investigation”. Además, la Sala aclara que, para aceptar o rechazar la petición, deberá determinar con carácter previo, como lo haría también la Fiscalía, si existe “fundamento razonable para proceder²⁸⁰”: “then it is not possible to fulfill this function, unless the Chamber applies the exact standard on the basis of which the Prosecutor arrived at his conclusion²⁸¹.”

²⁷⁹ En su *Declaración sobre la remisión por parte de un grupo de seis Estados Partes en relación con la situación en Venezuela*, la Fiscal ya dijo que: «Una remisión o una declaración con arreglo al párrafo 3) del artículo 12 no conllevan automáticamente a la apertura de una investigación. Sin embargo, si yo en última instancia determinase que la situación remitida amerita una investigación de conformidad con los criterios estatutarios, el Estatuto no requiere que la Fiscalía procure la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte a efectos de abrir una investigación. De manera general, la recepción de una remisión puede acelerar el procedimiento de apertura de una investigación sólo en la medida en que la revisión judicial de mi decisión no sería necesaria con arreglo al Estatuto.» Vid. CPI, *Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la remisión por parte de un grupo de seis Estados Partes en relación con la situación en Venezuela*, Declaración, 27 de septiembre de 2018.

²⁸⁰ El párrafo primero del Art. 53 del Estatuto afirma: «El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto.»

²⁸¹ ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, 31 March 2010, ICC-01/09-19-Corr, p. 12, para. 24. También, recientemente ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the

En cualquier caso, debemos aclarar que en el ámbito del Estatuto de Roma existe una separación material entre la acusación y la actividad judicial como tal, al igual que sucede en los sistemas jurisdiccionales de los Estados Partes, donde la acusación, la instrucción y la sustanciación del proceso se desarrollan en fases materialmente autónomas. En el sistema del Estatuto de Roma, corresponde a la Fiscalía el ejercicio del *ius accusandi*, además de tratarse del órgano que ostenta el monopolio acusatorio, ya que no existen ni la acusación particular, ni la acusación pública, al menos como las entendemos en el ordenamiento jurídico español. De ahí que, el ejercicio del derecho acusatorio en el marco estatutario es unipersonal y está restringido, lo cual justifica la razón de ser del artículo 13 c), y así del poder conferido al Fiscal para activar la competencia de la Corte sobre un asunto de que se trate.

Sin perjuicio de esta limitación para el ejercicio del *ius accusandi* dentro del Estatuto, ello no impide que la Fiscalía reciba informaciones de particulares sobre la comisión de crímenes de la competencia de la Corte y asumir la situación como propia. Como ya hemos afirmado, los individuos carecen de legitimación activa para acusar ante la Corte a otro individuo y señalarlo como sospechoso de alguno de dichos crímenes. En cualquier caso, si un individuo dispusiere de información inculpatória razonable, claro que podrá ponerla a disposición del Fiscal para que éste ejerza la acusación ante la Corte y decida sobre el inicio de una investigación. Esta posibilidad de intervención de los particulares, aun cuando la Fiscalía actúe como filtro o instancia previa sobre el tratamiento de la información inculpatória, puede entenderse comprendida implícitamente en el párrafo sexto del artículo 15 del Estatuto, cuando admite la posibilidad de que la información presentada no constituya fundamento suficiente para la investigación. En tal supuesto, el Fiscal “informará de ello a quienes la hubieren presentado”, dejando en evidencia esta posibilidad de intervención de los particulares en el proceso. En este contexto, la Unidad encargada de recopilar toda la información relevante sobre la presunta

Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, 12 April 2019, ICC-02/17-33, para. 68.

comisión de un crimen de la competencia de la Corte es la *Information and Evidence Unit*, situada orgánicamente dentro de la Oficina del Fiscal.

Este mecanismo de activación de la competencia de la Corte ha sido puesto en práctica por la Fiscalía en las situaciones de Costa de Marfil (2011)²⁸², Georgia (2016)²⁸³ y Kenia (2010)²⁸⁴. Aparte de estas investigaciones, el 8 de febrero de 2018, la Fiscalía procedió a abrir un examen preliminar, con arreglo al párrafo sexto del artículo 15, sobre las situaciones y los presuntos crímenes que pudieran ser de la competencia de la Corte en la República de Filipinas²⁸⁵ y también en la República Bolivariana de Venezuela²⁸⁶. Como queda en evidencia, la amplia mayoría de los asuntos que llegan a la Corte lo hacen a través de los Estados Partes en el Estatuto de Roma.

²⁸² La Fiscalía de la CPI abrió una investigación *proprio motu* en Costa de Marfil después de haber sido autorizada para ello por la Sala de Cuestiones Preliminares el 3 de octubre de 2011. Vid. ICC, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, Pre-Trial Chamber II, "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire", 3 October 2011, ICC-02/11-14.

²⁸³ La Fiscalía de la CPI decidió abrir una investigación *proprio motu* en Georgia después de haber sido autorizada para ello por la Sala de Cuestiones Preliminares el 27 de enero de 2016. Vid. ICC, *Situation in Georgia*, Pre-Trial Chamber I, "Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation", 27 January 2016, ICC-01/15-12.

²⁸⁴ La Fiscalía de la CPI decidió abrir una investigación *proprio motu* en Kenia después de haber sido autorizada para ello por la Sala de Cuestiones Preliminares el 31 de marzo de 2010. Vid. ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya", 31 March 2010, ICC-01/09-19-Corr.

²⁸⁵ Siguiendo la declaración de la Fiscalía sobre la situación en Filipinas: «El examen preliminar sobre la situación en Filipinas analizará crímenes presuntamente cometidos en este Estado Parte al menos desde el 1º de julio de 2016, en el marco de la campaña denominada "la guerra contra las drogas" lanzada por el Gobierno de Filipinas. Específicamente, se ha alegado que desde el 1º de julio de 2016, se han asesinado a miles de personas por razones relacionadas con su presunto involucramiento en el uso o tráfico ilegal de drogas.» CPI, *Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la apertura de exámenes preliminares en Filipinas y Venezuela*, de 8 de febrero de 2018.

²⁸⁶ Siguiendo la declaración de la Fiscalía sobre la situación en Venezuela: «El examen preliminar sobre la situación en Venezuela analizará crímenes presuntamente cometidos en este Estado Parte al menos desde abril de 2017, en el marco de manifestaciones y la inestabilidad política conexas. En particular, se ha alegado que fuerzas de seguridad del Estado con frecuencia utilizaron fuerza excesiva para dispersar y reprimir manifestaciones, y que han detenido y encarcelado a miles de miembros de la oposición, reales o aparentes, algunos de los cuales habrían sido presuntamente sometidos a graves abusos y maltrato durante su detención. También se ha informado que algunos grupos de manifestantes habrían recurrido a medios violentos, resultando en lesiones o muertes de algunos miembros de las fuerzas de seguridad.» CPI, *Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la apertura de exámenes preliminares en Filipinas y Venezuela*, de 8 de febrero de 2018.

En definitiva, la facultad de remisión que el Estatuto reconoce al Fiscal no debe concebirse como un poder omnímodo, ya que, como hemos visto, el artículo 15 establece los cauces a través de los cuales debe canalizarse una investigación que ha sido iniciada directamente por el Fiscal, actuando éste *ex officio*. Además, según el párrafo primero del artículo 18, resulta que el Fiscal deberá notificar esta decisión a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, hubieran ejercido normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate²⁸⁷.

²⁸⁷ Recordemos que este artículo se refería a las *decisiones preliminares relativas a la admisibilidad* de un asunto determinado por la Corte.

CAPÍTULO II

LA IMPROCEDENCIA DEL CARGO OFICIAL A LOS EFECTOS DE DETERMINAR LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La necesidad de considerar la cuestión de las inmunidades jurisdiccionales dentro de nuestra tesis doctoral se justifica por la divergencia de regímenes entre el Estatuto de Roma y el Derecho Internacional consuetudinario sobre una misma materia; a saber, la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, entre otros titulares. Igualmente, la inmunidad es una cuestión de carácter eminentemente procesal, que, como tal, resulta relevante para determinar la competencia general de la Corte con respecto a una situación concreta.

Pues bien, la importancia de la materia que trataremos ha sido declarada por algunos Estados como una de las cuestiones “más apremiantes” del Derecho Internacional contemporáneo¹. Así mismo ha sido calificada por el Gobierno de Kenia en el momento de suplicar a la Asamblea General de las Naciones Unidas la inclusión del tema sobre las inmunidades jurisdiccionales en su agenda, con la finalidad de que aquélla formalice una solicitud de opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia en virtud de la prerrogativa que le confiere el artículo 96 de la Carta². En este mismo contexto, la Asamblea de la Unión Africana decidió, por su parte, solicitar a la Corte Internacional de Justicia que se pronunciara sobre

¹ Véase la Carta de fecha 9 de julio de 2018 dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas por el Representante Permanente de Kenia ante esta Organización, sobre la *Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias de las obligaciones jurídicas que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes del derecho internacional con respecto a las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno y otros altos funcionarios*, UN Doc. A/73/144, Anexo, para. 2. Además, puede consultarse desde el punto de vista teórico KELLEY, K.J., “Kenya Appeals to UN on Immunity for Heads of State”, *Daily Nation*, 3 August 2018.

² De conformidad con el Art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas: «La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.»

diversas cuestiones de hecho y de derecho, relacionadas con las inmunidades de los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno, así como las de otros altos funcionarios³.

Además, cabe destacar que las inmunidades jurisdiccionales y las normas de procedimiento especiales, vinculadas al cargo oficial de una persona, pueden encontrar su fundamento y la razón de su existencia en dos ámbitos de aplicación muy distintos, como son, en efecto, el Derecho Internacional y el derecho interno de los Estados considerados individualmente. Ciertamente, las inmunidades de las personas mencionadas anteriormente pueden haberse reconocido a través de una norma internacional, aunque, también pueden existir ciertos privilegios que se reconozcan por una norma estrictamente nacional. Planteada esta disyuntiva, respecto de la primera situación no cabe duda de que tales inmunidades vinculan al resto de Estados en el ámbito internacional. Aunque, ¿y por lo que se refiere a la segunda realidad planteada? ¿Podemos sostener lo mismo? ¿Serían oponibles internacionalmente las inmunidades reconocidas por el derecho interno de un Estado?⁴

I. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IRRELEVANCIA DEL CARÁCTER OFICIAL

1.1. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción y su tratamiento jurídico

³ Con el propósito de la correcta aplicación y comprensión del Derecho Internacional, la Asamblea de la Unión Africana requirió a sus Miembros a solicitar la inclusión del tema de las inmunidades jurisdiccionales en la agenda de la Asamblea General de las Naciones Unidas, para que sea ésta la que solicite una opinión consultiva a la CIJ con arreglo al Art. 96.1 de la Carta. En su Decisión de 28 enero de 2018, la Asamblea de la UA efectuó este requerimiento en los siguientes términos: «REQUESTS: [...] ii) the African Group in New York to immediately place on the agenda of the United Nations General Assembly a request to seek an advisory opinion from the International Court of Justice on the question of immunities of a Head of State and Government and other Senior Officials as it relates to the relationship between Articles 27 and 98 and the obligations of States Parties under International Law». AU, *African Union Assembly Decision*, “Decision on the International Criminal Court - Doc. EX.CL/1068(XXXII)”, 30th Ordinary Session of the Assembly, 28-29 January 2018, Addis Ababa, Ethiopia, AU Doc. Assembly/AU/Dec.672 (XXX), para. 5 ii).

⁴ Nos remitimos a la exposición que haremos de esta cuestión en el epígrafe 2.4 de este capítulo, titulado: «Las inmunidades jurisdiccionales y las normas de procedimiento especiales con arreglo al derecho interno».

Como se ha señalado, uno de los principales obstáculos al ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre los crímenes enunciados en el artículo 5 del Estatuto de Roma, podría ser, indudablemente, la invocación del carácter oficial del presunto responsable de la conducta criminal de que se trate. Tal es así, porque, a los efectos de desarrollar debidamente sus funciones, resulta que el Derecho Internacional reconoce a determinadas personas el privilegio de la inmunidad de jurisdicción por razón del cargo que ostentan. Ahora bien, ¿qué debemos entender por *inmunidad de jurisdicción*?

La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los órganos centrales de un Estado encargados de llevar sus relaciones internacionales, principalmente, el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores, es una inmunidad de carácter personal con respecto a la jurisdicción de las autoridades administrativas, judiciales y de policía del Estado territorial, y respecto de cuya jurisdicción *ratione loci* se quiere hacer efectiva la inmunidad. Por tanto, podemos entender la inmunidad de jurisdicción penal extranjera como un “*derecho*” que el Derecho Internacional reconoce a los más altos representantes de un Estado para dejarlos exentos de la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas de un Estado extranjero. Más bien, se trata de un *privilegio* que acompaña al cargo oficial y que implica la suspensión del ejercicio de la jurisdicción del Estado del foro respecto de la persona de estos representantes. Por lo tanto, no es de extrañar que la inmunidad va a operar solamente “como consecuencia de la presencia de un elemento extranjero al que se califica, de modo genérico como “funcionario” de un tercer Estado”⁵.

En consecuencia, la inmunidad de jurisdicción constituye un principio de naturaleza operativa que actúa en un ámbito estrictamente procesal para impedir en un caso determinado las actuaciones judiciales comenzadas por los tribunales nacionales extranjeros de un Estado contra los funcionarios de rango elevado de otro Estado. De ahí que, la inmunidad de jurisdicción constituye un impedimento legal a la actuación jurisdiccional del Estado territorial, es decir, supone un límite

⁵ CDI, *Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado* preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 65º período de sesiones, Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013, UN Doc. A/CN.4/661, p. 17, para. 45 b).

a su potestad jurisdiccional y a la competencia material de sus órganos judiciales contra dichas personas. Esta misma naturaleza justifica que, en ausencia de este privilegio, el Estado del foro hubiera podido ejercer su jurisdicción con absoluta regularidad⁶. Desde el punto de vista de la Comisión de Derecho Internacional; “[l]a inmunidad implica el no ejercicio de la jurisdicción penal por un Estado, a pesar de que —en principio— sus tribunales serían competentes para enjuiciar determinados delitos y crímenes”⁷.

Ahora bien, este privilegio, el privilegio de la inmunidad jurisdiccional, ha ido evolucionando hasta el punto de que, en la actualidad, su virtualidad ha sido contestada ante las jurisdicciones penales internacionales, incluida la CPI, donde resulta improcedente. De tal manera que, es por esta misma circunstancia que el estudio del *principio de improcedencia del cargo oficial* deberá ser realizado desde la óptica de su evolución progresista a lo largo de las diferentes etapas que ha ido superando la disciplina del Derecho Internacional Penal, hasta llegar, finalmente, a la formulación del actual artículo 27 del Estatuto de Roma. Pues, de la lectura de sus términos se desprende la conflictividad normativa entre su mandato —el de no reconocer ninguna inmunidad ante la Corte— y la norma consuetudinaria relativa a la inmunidad de jurisdicción penal de la que gozan los más altos cargos de un Estado.

Por su parte, el concepto de *inmunidad de jurisdicción penal* no presenta una aplicación uniforme en la esfera de los tribunales nacionales extranjeros, ante los que sí procede su invocación, en contraposición a su irrelevancia en el ámbito de los tribunales penales internacionales, inclusive la Corte Penal Internacional. Hay que tener en cuenta que el fundamento de la inmunidad en cada uno de estos dos niveles es bien distinto. Así que, partiendo de la idea de que existe una diversidad de regímenes jurídicos, ello será un presupuesto suficiente para encontrarnos con frecuencia con la aparición de situaciones conflictivas; una realidad sobre la que ha hecho hincapié el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional,

⁶ Véase, a este respecto, SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., “El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)”, en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y Cooperación Jurídica Internacional*, No. 11, 1994, pp. 91-223, at p. 97.

⁷ UN Doc. A/CN.4/661, para. 45 a).

encargado primeramente sobre el tema de trabajo “*Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*”, el Sr. Roman A. KOLODKIN⁸.

Pues bien, a partir del 2007, cuando este tema fue incluido en el programa de trabajo de la Comisión a largo plazo, se reconoció la imperante necesidad de dar una respuesta articulada a la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera desde la perspectiva de los nuevos acontecimientos que tuvieron lugar en el ámbito del Derecho Internacional Penal, con incidencia en las inmunidades de jurisdicción. De esta manera, la Comisión justificó dicha inclusión por la “gran resonancia pública” que genera el asunto, sobre todo, cuando dichos funcionarios del Estado, en su más alto rango, sean considerados como presuntos responsables de las más graves violaciones de los derechos humanos, como podría tratarse del crimen de genocidio, de los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, que configuran la competencia material de la Corte⁹. Desde entonces, el Relator vino a reconocer que “existen diferencias fundamentales entre la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal internacional y la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal nacional¹⁰.” En este instante, cabe reconocer que el tratamiento

⁸ La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007 [UN Doc. A/RES/62/66, para. 7], tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir en su programa de trabajo el tema sobre la «*Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*», nombrando como Relator Especial al Sr. Roman ANATOLYEVITCH KOLODKIN, quien desempeñó este cargo hasta el año 2011. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el Anexo A del Informe de la Comisión [*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones*, Suplemento No. 10 (A/61/10), para. 257]. En el año 2012 fue nombrada como Relatora Especial la Sra. Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ en sustitución del Sr. KOLODKIN, que ya no era miembro de la Comisión.

⁹ CDI, *Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones*, Anexo I, *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado* (Roman A. Kolodkin), UN Doc. A/61/10, p. 210, para. 7.

¹⁰ En concreto, el pasaje completo dice lo siguiente: «La jurisdicción penal internacional tiene un carácter jurídico diferente. Su ejercicio es competencia de las cortes y tribunales internacionales. Estas cortes y tribunales se establecen, y por ende, poseen jurisdicción y la ejercen sobre la base de un acuerdo internacional o la decisión de una organización internacional competente, es decir, con arreglo a un mandato conferido por los propios Estados o, como se hizo notar en la decisión del Tribunal Especial para Sierra Leona en relación con la causa *Charles Taylor*, por la comunidad internacional. El principio de la igualdad soberana de los Estados, expresado en la fórmula *par in parem non habet imperium*, que constituye un pilar fundamental del derecho internacional sobre el que se apoya la inmunidad de jurisdicción extranjera de los funcionarios del Estado, no puede servir de base a la inmunidad de jurisdicción internacional.» Véase CDI, *Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado preparado por el Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial*, 60º período de sesiones, Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008, UN Doc. A/CN.4/601, p. 54, para. 103.

de la inmunidad desde una perspectiva estrictamente interna de los Estados y de sus tribunales es totalmente divergente, incluso antagónico, en comparación con su tratamiento jurídico ante los tribunales penales internacionales, como la CPI.

Generalmente, en el ámbito del Derecho Internacional consuetudinario los máximos dirigentes de un Estado, como son el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores, se benefician de una amplísima inmunidad de jurisdicción penal ante los tribunales nacionales extranjeros¹¹. En virtud de ese privilegio, se excluye la posibilidad de actuación judicial a nivel doméstico contra dichas personas, incluso cuando se les considere presuntamente responsables de crímenes internacionales¹².

Las inmunidades de jurisdicción, surgen, en definitiva, con el fin de evitar que las autoridades de un Estado interfieran en los asuntos de orden interno de otro Estado mediante la incoación de acciones judiciales contra los representantes de éste, considerándolos responsables de violaciones de las normas que tipifican los más graves crímenes internacionales¹³. De esta manera, como ha destacado el

¹¹ Véase BENNOUNA, M., "Le droit international entre la lettre et l'esprit. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, Vol. 383, 2016, pp. 9-231, at pp. 48-51; HORMAZÁBAL MALARÉE, H., "La inmunidad del Jefe de Estado", en GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 163-184. Siguiendo a la Comisión de Derecho Internacional: «Ha de destacarse que la práctica judicial nacional, aunque limitada en cuanto a su número, es constante en declarar que los Jefes de Estado se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*, bien sea en el marco de procesos que tienen como objeto la inmunidad del Jefe de Estado, bien sea como parte del razonamiento que los citados tribunales siguen para concluir la concurrencia o no de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de otros funcionarios del Estado.» Véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/68/10), p. 63, comentario 3).

¹² En esta línea se posiciona la CIJ en el asunto de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, cuando dice que: «no distinction can be drawn between acts performed by a Minister for Foreign Affairs in an "official" capacity, and those claimed to have been performed in a "private capacity", or, for that matter, between acts performed before the person concerned assumed office as Minister for Foreign Affairs and acts committed during the period of office. Thus, if a Minister for Foreign Affairs is arrested in another State on a criminal charge, he or she is clearly thereby prevented from exercising the functions of his or her office.» ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment of 14 February 2002, *ICJ Reports* 2002, p. 3, para. 55.

¹³ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Civitas, 3ª ed. rev., 2003, p. 461. Precisamente, en la condición de representantes del Estado se han fijado algunos autores a la hora de justificar el fundamento jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los Jefes de Estado; representatividad al más alto nivel que justifica su disfrute y refuerza los argumentos existentes para que dicho privilegio sea reconocido por las razones de tipo funcional. En este mismo sentido, procede citar el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de marzo de 1999, por el que se desestimaba el Recurso de Apelación interpuesto por los querellantes Dña.

profesor CARRILLO SALCEDO, la práctica de los Estados de reconocer la inmunidad de jurisdicción penal a las máximas autoridades constitucionales de otro Estado, basándose en consideraciones de cortesía internacional y reciprocidad entre las naciones, es algo que ha sido comúnmente aceptado por ellos (*uniformidad*), y que ha dado lugar a la consolidación de una costumbre internacional que, como tal, es jurídicamente obligatoria para todos los Estados que conforman la Comunidad internacional de nuestros días (*opinio iuris*)¹⁴. Por lo tanto, que un Jefe de Estado extranjero disfrute de la inmunidad de jurisdicción penal dentro del territorio de otro Estado es algo que ya ha quedado firmemente aceptado y establecido en la práctica de los Estados¹⁵. Sin embargo, nos enfrentamos a una inmunidad *ratione personae* que no aparece expresamente contemplada en un texto convencional.

Francisca y otros, contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 2, de 1 de diciembre de 1998, argumentó que Fidel CASTRO, siendo un Jefe de Estado en activo, gozaba de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales españoles según el Derecho Internacional consuetudinario. En este último caso, la Audiencia se declaró incompetente para investigar los supuestos crímenes que se le imputaban, afirmando que: «la jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos supuestamente delictivos... en cuanto que uno de los querellados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que representa, frente a España, la soberanía del pueblo cubano»; argumento que fue posteriormente retomado por el Juzgado Central de Instrucción No. 1 en los Autos de 25 de octubre de 1999 y de 15 de junio de 2001, que se referían, respectivamente, a los ex Presidentes de la República Federal de Yugoslavia, Slobodan MILOŠEVIĆ; y de la República del Perú, Alberto FUJIMORI.

¹⁴ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*, 1ª ed., Madrid: Tecnos, 1994, p. 244.

¹⁵ Véase CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1980, Vol. II, Primera Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1980/Add.I, p. 217, para. 36. Véanse, igualmente, los siguientes asuntos: *Mighell v. Sultan of Johore*, 1893 [UK, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, Queen's Bench Division*, Vol. I, London, 1894, p. 149]; *Wadsworth v. Queen of Spain* y *De Haber v. Queen of Portugal*, 1851 [UK, *Queen's Bench Reports*, Vol. XVII, London, 1855, p. 171]. Efectivamente, los tribunales nacionales extranjeros han declarado en varias ocasiones la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae* como fundamento de su decisión sobre el fondo, concluyendo la imposibilidad de actuar penalmente contra un Jefe de Estado en ejercicio. En este sentido, véanse: Tribunal Supremo Federal, Sala Segunda de lo Penal (República Federal de Alemania), asunto *Re Honecker*, Sentencia de 14 de diciembre de 1984 [causa No. 2 ARs 252/84]; Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (España), asunto *Rey de Marruecos*, Auto de 23 de diciembre de 1998; Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (Francia), asunto *Kadhafi*, Sentencia No. 1414, de 13 de marzo de 2001; Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (España), asunto *Fidel Castro*, Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 13 de diciembre de 2007 [la Audiencia Nacional ya se había pronunciado en el mismo sentido respecto de otras dos querellas presentadas contra Fidel Castro en 1998 y 2005]; Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción No. 4 (España), asunto *Paul Kagame*, Auto de procesamiento de 6 de febrero de 2008. En otros casos, en el marco de un proceso penal, varios tribunales nacionales han reconocido, *obiter dictum*, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera en varias ocasiones: Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción No. 5 (España), asunto *Pinochet*, Auto de Solicitud de extradición de 3 de noviembre de 1998; Cámara de los Lores (Reino Unido), asunto *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet No. 3)*, Sentencia de 24 de marzo de 1999.

Sin perjuicio del carácter consuetudinario de la inmunidad *ratione personae*, cabe destacar la existencia de una serie de preceptos convencionales que ratifican esa inmunidad. En este sentido, podemos recurrir al artículo 21.1 de la *Convención sobre las Misiones Especiales*, de 8 de diciembre de 1969¹⁶, según el cual, cuando un Jefe de Estado encabece o lidere una misión especial gozará de las inmunidades de jurisdicción reconocidas por el Derecho Internacional a los Jefes de Estado en visita oficial, además de las que le puede otorgar la propia Convención. De forma adicional, podemos referirnos al régimen de protección internacional establecido por la propia *Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos*, de 14 de diciembre de 1973¹⁷; así como el artículo 50.1 de la *Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter*

¹⁶ *Convención sobre las Misiones Especiales*, de 8 de diciembre de 1969 [UNTS, Vol. 1400, p. 297]. La Convención entró en vigor el 26 de junio de 1985. España se adhirió el 28 de mayo de 2001 [BOE, núm. 159, de 4 de julio de 2001]. La Convención entró en vigor para España el 30 de junio de 2001.

¹⁷ Véase el Art. 1.1, letra a), de la *Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 3166 (XXVIII), de 14 de diciembre de 1973 [UN Doc. A/RES/3166(XXVIII)]. España se adhirió a la Convención por instrumento de 26 de julio de 1985 [*Instrumento de Adhesión a la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos*, BOE, núm. 33, de 7 de febrero de 1986]. El objeto de esta Convención es la protección internacional de determinadas personas con derecho a una protección especial, conforme al Derecho Internacional, contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad: «Un Jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores, siempre que tal persona se encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen.» La Convención obliga a los Estados Partes en la misma a tipificar como delitos ciertas conductas llevadas a cabo contra ellos y a establecer determinadas medidas genéricas de cooperación para evitar el refugio de los presuntos culpables. Así, los Arts. 605 y 606 del Código Penal Español (en concreto, Título XXIV: *Delitos contra la Comunidad Internacional*; Capítulo I: *Delitos contra el Derecho de Gentes*) son una clara expresión del cumplimiento de dicha obligación por parte de España. El Art. 605 tipifica como delitos el magnicidio y las lesiones causadas al Jefe de un Estado extranjero: «El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión permanente revisable.» El Art. 606.1 establece que: «el que violare la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.» En la doctrina, pueden consultarse sobre esta materia: CONDE PÉREZ, E., «La Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluidos los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 1973): Análisis y perspectivas actuales de aplicación, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Vol. 13, No. 3, 2011, pp. 111-138; GUTIÉRREZ ESPADA, C., «A Propósito de la Adhesión Española (1985) a la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas (Contexto de un Tratado Internacional, Reservas y Objeciones, Arreglo de Controversias)», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 38, No. 1, 1986, pp. 9-32.

Universal, de 14 de marzo de 1975¹⁸, que se refiere también al estatuto del Jefe del Estado y de las personas de rango elevado. Así, teniendo en cuenta esta realidad, la regulación jurídica de la inmunidad de los Jefes de Estado y otras figuras afines no aparece detalladamente contemplada en ningún convenio internacional, salvo referencias puntuales que encontramos en algunos instrumentos internacionales.

No obstante, encontramos otra manifestación relativa a la inmunidad de los Jefes de Estado, incluidos los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores, en el artículo 3 del *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado* elaborado por la Comisión de Derecho Internacional¹⁹, en el que podemos constatar una delimitación de los sujetos que reciben dicha protección; que, por cierto, se les confiere para proteger, en última instancia, los derechos e intereses del propio Estado²⁰. Así, la Comisión ha dicho, siguiendo un principio universalmente aceptado en Derecho Internacional, que

¹⁸ Para la entrada en vigor de la Convención se exigen treinta y cinco ratificaciones. A 25 de marzo de 2019, solamente treinta y cuatro Estados son Partes en la misma [UNTS, Doc. A/CONF.67/16].

¹⁹ Sobre la base de los proyectos de artículos propuestos por la Relatora Especial, Sra. Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ, en sus informes segundo, tercero, cuarto y quinto —el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013), el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014), el cuarto informe en el 67º período de sesiones (2015) y el quinto informe en los períodos de sesiones 68º (2016) y 69º (2017) [A/CN.4/654, A/CN.4/661, A/CN.4/673, A/CN.4/686 y A/CN.4/701] —, la Comisión ha aprobado de manera provisional siete proyectos de artículos con sus comentarios. La última versión del texto de los proyectos aprobados provisionalmente hasta el momento es de 2017, figurando la propuesta en el Capítulo VII «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado» del Informe. Véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/72/10), pp. 176-206, paras. 74, 76, 140 y 141. Véase también el Capítulo XI en CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/73/10), pp. 311-322. En esta ocasión la Relatora Especial presentó su sexto informe sobre los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Para el séptimo informe (2019), «se examinarían cuestiones como la invocación de la inmunidad y la renuncia a la inmunidad, y se abordarían aspectos relativos a las garantías procesales referidas tanto al Estado del funcionario como al propio funcionario extranjero, incluidas las garantías y los derechos que deben reconocerse a dicho funcionario, la comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, la transmisión de información por parte del Estado del funcionario, y la cooperación y la asistencia jurídica internacional entre el Estado del funcionario y el Estado del foro. Además, en el informe se analizarían cuestiones relacionadas con la cooperación de los Estados con las cortes y tribunales penales internacionales y su eventual incidencia en la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.» *Ibid.*, p. 312, para. 271. La versión no oficial del informe de la última sesión celebrada por la Comisión en 2019 se puede consultar en: ILC, *Report of the International Law Commission, Seventy-first session (29 April-7 June and 8 July-9 August 2019)*, UN Doc. Supplement No. 10 (A/74/10).

²⁰ CDI, *Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 65º período de sesiones, Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013*, UN Doc. A/CN.4/661, p. 18, para. 49. También, ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *op. cit.*, para. 53.

los soberanos y Jefes de Estado son partícipes de la independencia y la soberanía del Estado que representan²¹, y, como tales, han de poder desempeñar libremente sus funciones²².

A la luz de la disposición anterior, los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera de un Estado son exclusivamente los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y también los Ministros de Asuntos Exteriores²³. Como observamos, se trata de un grupo de beneficiarios muy reducido que han sido identificados por la Comisión *eo nomine*, por la vía de la enumeración de los tres más altos cargos a los que se aplica dicha inmunidad “por razón del cargo especialmente destacado que ocupan en el Estado²⁴”. En efecto, los beneficiarios del privilegio son un número limitado de personas, todas ellas internacionalmente protegidas, con la finalidad de garantizar el desempeño eficaz de sus funciones oficiales.

El artículo 3 del *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado* emplea la expresión “respecto del ejercicio”, lo que pone en evidencia la relación que existe entre la inmunidad *ratione personae* y la jurisdicción penal extranjera. Pues, cabe destacar que la Comisión considera que la inmunidad *ratione personae* del Jefe de Estado se reconoce exclusivamente a las personas que ocupan, efectivamente, esta posición; siendo insignificante la denominación que reciba la figura del Jefe de Estado, el título por el que se acceda a la condición de Jefe de Estado — a título de soberano u otro —, así como el hecho de que la concreta posición sea unipersonal o colegiada²⁵.

²¹ UN Doc. A/CN.4/SER.A/1980/Add.I, p. 217, para. 36.

²² CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/68/10), p. 62, comentario 2).

²³ Por su parte, el ex Relator Especial de la CDI recogía en su Informe preliminar un enfoque más amplio que incluía a todos los funcionarios [UN Doc. A/CN.4/601, paras. 106 y 107]. Aunque, en los debates de la Comisión sobre dicho informe algunos de sus miembros expresaron su opinión de que el tema debía limitarse solamente a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores.

²⁴ CDI, *Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado preparado por la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, Ginebra, 7 de mayo a 1 de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012*, UN Doc. A/CN.4/654, para. 61. Véase en la doctrina WATTS, A., “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, *Recueil des Cours*, Vol. 247, 1994, pp. 9-130, at p. 84.

²⁵ Véanse los comentarios al Art. 3 «Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*» del *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, CDI, *Informe*

En realidad, la atribución de la inmunidad de jurisdicción se realiza por el propio Estado a favor de sus más altos dignatarios, que actúan en condición de tal a nivel internacional, con el objeto de asegurar el desempeño continuo, eficaz e ininterrumpido de sus funciones estatales cuando se encuentren en una misión especial o de visita oficial en el exterior, representando a sus respectivos Estados. De ahí que, no se trata de un derecho subjetivo, sino de un privilegio reconocido por el Derecho Internacional, consuetudinario o convencional, y que en sí mismo obedece a la *teoría de la necesidad funcional*, siendo ésta una “racionalización más contemporánea de las inmunidades²⁶”. Sobre la base de la misma, la prerrogativa de la inmunidad se otorga a las personas que integran el denominado *triunvirato* en Derecho Internacional²⁷ para garantizar la ejecución de sus funciones estatales de forma independiente al control y a la jurisdicción del Estado del foro o Estado territorial. La inmunidad funcionaría, en estos supuestos, como un impedimento a la potestad jurisdiccional del Estado territorial. Por tanto, la inmunidad inhibirá u obstaculizará las actuaciones judiciales de los tribunales nacionales extranjeros, en el entendimiento de que dichos órganos no se podrán inmiscuir en el ejercicio de las funciones soberanas de otro Estado. A ello responde la idea de que, en todo

de la Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013), UN Doc. Suplemento No. 10 (A/68/10), pp. 52-75, at p. 64. En este sentido, resulta de interés ver lo dispuesto por el Art. 50.1 de la *Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal*, de 14 de marzo de 1975 [UNTS, Doc. A/CONF.67/16], que recoge la figura de las Jefaturas de Estado colegiadas. Por el contrario, la Comisión no consideró oportuno incluir una referencia a esta categoría en el *Proyecto de artículos sobre los delitos contra las personas con derecho a protección especial de conformidad con el derecho internacional* [véase CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1972, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1972/Add.1, p. 217, 341], aunque la *Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos*, de 14 de diciembre de 1973 [UNTS, Vol. 1035, p. 191], incluyó, definitivamente, entre las personas internacionalmente protegidas al Jefe del Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, según la constitución respectiva, cumpla las funciones de Jefe de Estado.

²⁶ Véase CDI, *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*. Memorando de la Secretaría, 60º período de sesiones, Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008, UN Doc. A/CN.4/596, p. 22, para. 23. En este sentido, en la elaboración de la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, la Comisión siguió la *teoría funcional* como la tendencia más moderna en materia de inmunidad [véase CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1958, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1958/Add.1, en concreto, los comentarios generales sobre la Sección II, paras. 1) a 3)].

²⁷ Conocidos asimismo como la “troika” en la terminología empleada por la Comisión de Derecho Internacional.

momento debe primar la conducción pacífica de las relaciones interestatales “por un sistema internacional bien ordenado y armonioso²⁸”.

Éste es precisamente el fundamento mismo que justifica la existencia de la inmunidad en Derecho Internacional; la garantía de que sus beneficiarios puedan desempeñar sus poderes de representación durante el período de su mandato sin injerencias externas (principio *ne impediatur legatio*)²⁹. En términos estrictamente teóricos, podemos afirmar que esta caracterización general de la inmunidad sirve como punto de partida de toda reflexión constructiva sobre la naturaleza jurídica de la misma³⁰. Pues bien, tradicionalmente la inmunidad de jurisdicción ha sido percibida como un “instrumento de naturaleza procesal y no sustantiva, de cuya aplicación no se puede deducir la desaparición de la responsabilidad, en este caso penal, que pueda derivarse de un comportamiento ilícito³¹.”

Generalmente, existen dos clases de inmunidad jurisdiccional. Además de la inmunidad de jurisdicción de naturaleza personal o *ratione personae*, existe otro tipo de inmunidad que asiste a las personas antes mencionadas en el ejercicio de sus funciones. Se trata de una inmunidad de carácter funcional, llamada también inmunidad *ratione materiae*. La primera se reconoce para la protección de la vida pública y privada del individuo por su condición personal de Jefe de Estado, Jefe

²⁸ En esta misma línea, puede verse la Opinión separada de los Magistrados HIGGINS, KOOIJMANS y BUERGENTHAL. En concreto, ellos afirman que: «The law of privileges and immunities, however, retains its importance since immunities are granted to high State officials to guarantee the proper functioning of the network of mutual inter-State relations, which is of paramount importance for a well-ordered and harmonious international system.» Vid. ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, p. 86, para. 75, in fine.

²⁹ LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Las inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 6, 1999, pp. 157-183, at p. 173. Asimismo, pueden consultarse: DEAK, F., “Órganos del Estado en sus relaciones exteriores: inmunidades y privilegios del Estado y de sus órganos”, en SORENSEN, M., *Manual de Derecho Internacional Público*, México, D.F.: Grupo Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 413-432; DOMINICÉ, Ch., “Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, pp. 305-348, at p. 314; PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 22ª ed., 2018, pp. 561-571; PUENTE EGIDO, J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Vol. II, Madrid: Edición del Autor, 1999, p. 42; REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid: Biblioteca Nueva, 1999, p. 121.

³⁰ CDI, *Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial*, 68º período de sesiones, 2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016, UN. Doc. A/CN.4/701, p. 71, para. 148.

³¹ *Ibid.*

de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores, inclusive los agentes diplomáticos acreditados, y se limita estrictamente a la duración de su mandato³². En efecto, se recoge la configuración de la inmunidad *ratione personae* como una “inmunidad plena”³³, refiriéndose a cualquier acto realizado por alguna de las personas antes mencionadas. Además, resulta que esta configuración de la inmunidad refleja la práctica estatal³⁴.

Por su parte, la inmunidad *ratione materiae* es la inmunidad funcional de la que se beneficiarían ciertas personas que actúan como funcionarios o agentes del Estado, respecto de aquellos actos oficiales que hayan realizado en tal condición. Pues, esta inmunidad se relaciona con la llamada *doctrina del acto de Estado* y cobra importancia por su incidencia sobre el ejercicio libre y sin intromisiones externas de las funciones públicas. La concepción de la inmunidad material está muy bien encapsulada en el párrafo segundo del artículo 39 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, de 18 de abril de 1961³⁵. Entre los elementos constitutivos

³² En el mismo sentido, CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2008, pp. 302-314, at p. 302.

³³ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013), UN Doc. Suplemento No. 10 (A/68/10), p. 72, comentario 3). En el mismo sentido se ha pronunciado la CIJ en el asunto sobre la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*; ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, op. cit., para. 54: «The Court accordingly concludes that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, **he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability**. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties.»

³⁴ Véanse, entre otros asuntos: Tribunal de Apelación de París, Chambre d'accusation (Francia), asunto *Kadhafi*, Sentencia de 20 de octubre de 2000; Tribunal de Casación (Bélgica), asunto *HSA et al. v. SA et al.*, decisión relativa al procesamiento de Ariel SHARON, Amos YARON y otros, de 12 de febrero de 2003; Tribunal Especial-Supremo (Sierra Leona), asunto *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, Sentencia de 14 de octubre de 2005 [SC No. 1/2003]. Entre los asuntos más recientes: Tribunal de Casación de París, Chambre d'instruction de la Cour de cassation (Francia), asunto *Association fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "Fenvac SOS catastrophe", Association des familles des victimes du Joola et al.*, Sentencia de 16 de junio de 2009, confirmada por la Sentencia de la Cour de cassation de 19 de enero de 2010; Tribunal Administrativo, High Court of Justice Queen's Bench Division (Reino Unido), asunto *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Sentencia de 29 de julio de 2011; Tribunal Penal Federal (Suiza), asunto *Nezzar*, Sentencia de 25 de julio de 2012 [BB.2011-140]; Tribunal de Apelación de París, Deuxième chambre d'instruction (Francia), Pôle 7, Sentencia de 13 de junio de 2013.

³⁵ *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, de 18 de abril de 1961 [UNTS, Vol. 500, p. 162]. El Art. 39.2 establece lo siguiente: «Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aún en caso de conflicto armado. **Sin**

de esta inmunidad cabe destacar la necesidad de que el acto sea realizado por un “funcionario del Estado”³⁶ y que el mismo sea realizado “a título oficial”³⁷. Pues, solamente en este caso el acto quedaría cubierto por la inmunidad *ratione materiae*. Aunque, esta inmunidad no se concede por la especial relevancia del cargo de la persona que realiza el acto, como sí ocurre en el ámbito de la inmunidad personal, sino por la naturaleza jurídica de este último³⁸. Se trata de un acto investido de autoridad gubernativa que goza de inmunidad funcional ante las autoridades de un tercer Estado³⁹.

Ahora bien, a pesar de los regímenes que presentan, ambas categorías de inmunidad jurisdiccional comparten elementos comunes – como su fundamento y la finalidad que persiguen –, aunque indiscutiblemente presentan importantes diferencias⁴⁰. Con todo, dicha distinción “constituye uno de los pocos elementos respecto de los que se aprecia un amplio consenso en los debates mantenidos sobre este tema⁴¹”.

Además de la tipología entre inmunidad personal e inmunidad funcional, podemos sugerir una segunda clasificación en función del órgano judicial ante el que se hace valer la inmunidad, lo cual implica una diferenciación de contenido.

embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión.» Énfasis añadido. Lo mismo podemos decir con respecto al artículo 43.2 de la *Convención sobre las Misiones Especiales*, de 8 de diciembre de 1969.

³⁶ A la luz del Art. 2 e) del *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, «se entiende por “funcionario del Estado” un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales.»

³⁷ En virtud del art. 2 f) del *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, «se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.»

³⁸ Desde esta perspectiva, la CDI considera que para calificar un acto como “acto realizado a título oficial” es necesario que el mismo pueda ser atribuido al Estado; y la calificación de un acto como realizado a título oficial por un funcionario requiere de la existencia de una especial conexión entre el acto y el Estado. Véanse los comentarios 10), 11) y 12) al proyecto de artículo 2 del *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, en CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 68º período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016), UN Doc. Suplemento No. 10 (A/71/10), pp. 383-385.

³⁹ De ahí que, el Art. 5 del *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado* afirme que: «[l]os funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.»

⁴⁰ Estas diferencias tienen que ver con el alcance material y temporal de los actos que quedan bajo el ámbito de aplicación de cada tipo de inmunidad, que varía en función de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*.

⁴¹ UN Doc. A/CN.4/661, p. 17, para. 47.

Esta última clasificación nos permite distinguir entre la *aplicación horizontal* de la inmunidad —la que se produce entre los Estados *inter se*⁴²— y la *aplicación vertical* de la misma —la que se efectúa ante los tribunales penales internacionales—. De ello, se infiere que estamos ante dos realidades procesales diferentes. La primera, alude únicamente a las relaciones horizontales entre los Estados, donde despliega toda su eficacia el principio *par in parem non habet jurisdictionem*; mientras que, la segunda manifestación se circunscribe a las relaciones verticales respecto de una jurisdicción internacional, y, como tal, pertenece a la esfera de la responsabilidad penal del individuo⁴³.

En síntesis, partiendo del principio de la igualdad soberana de los Estados, consagrado en el artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas⁴⁴, ningún Estado puede ejercer su jurisdicción sobre los máximos dirigentes de otro Estado⁴⁵. Esto es, el Estado territorial es quien debe garantizar en última instancia la efectividad de dicho principio⁴⁶. No obstante, este planteamiento puede cambiar y, de hecho, así sucede, con respecto a la jurisdicción de un tribunal penal internacional. Las inmunidades pueden ser revocadas por el Estado de la nacionalidad frente a los tribunales nacionales de un Estado extranjero, aunque también pueden ser objeto

⁴² Es la aplicación horizontal de la inmunidad la que constituye el objeto de codificación por parte de la CDI, cuya expresión encontramos en el *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*.

⁴³ OLÁSULO ALONSO, H., MARTÍNEZ VARGAS, J.R. y RODRÍGUEZ POLANÍA, A.M., “La Inmunidad de Jurisdicción Penal por Crímenes Internacionales de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, No. 1, 2016, pp. 251-281, at p. 255. Igualmente, OLÁSULO ALONSO, H., “La inmunidad de jurisdicción penal ante tribunales nacionales extranjeros y tribunales internacionales de los jefes de estado, jefes de gobierno y ministros de asuntos exteriores: un caballo de batalla para la aplicación del derecho internacional penal a los máximos responsables”, en *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Delitos Transnacionales: Dilemas Políticos y Normativos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 165-198, at pp. 169 y ss.

⁴⁴ En esta disposición se establece que: «La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.»

⁴⁵ JENNINGS, R. y WATTS, A. (eds.), *Oppenheim's International Law, Volume I: Peace*, London: Harlow Longman, 9ª ed., 1992, p. 341.

⁴⁶ Véanse DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 18ª ed., 2017, pp. 326-327; DOMINICÉ, Ch., “Quelques observations sur l’immunité de juridiction pénale de l’ancien chef d’État”, *Revue générale de droit international public*, Vol. 103, No. 2, 1999, pp. 297-308, at pp. 300-301; *Ibid.*, “Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”, *op. cit.*, p. 315; LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Las inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España”, *op. cit.*, p. 165; así como REMIRO BROTONS, A. et al., *Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 1023.

de una renuncia convencional en el ámbito internacional, como estudiaremos en la parte relativa al artículo 27 del Estatuto de Roma⁴⁷.

En efecto, el ámbito de aplicación del *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, como su propio nombre indica, se refiere solamente a la inmunidad de jurisdicción penal que se hace valer entre dos Estados soberanos. Por consiguiente, el cargo oficial de una persona y la inmunidad que pueda conllevar el mismo es una cuestión que supera el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, por lo que la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales penales internacionales estará sometida a su propio régimen jurídico. Por lo tanto, las reglas consuetudinarias que confieren inmunidad al Jefe de un Estado, al Jefe de un Gobierno o al Ministro de Asuntos Exteriores, procede concluir, se entenderán sin perjuicio de los regímenes especiales convencionales estipulados en los estatutos e instrumentos constitutivos de las cortes y tribunales penales internacionales⁴⁸.

1.2. La irrelevancia del cargo oficial con respecto a la responsabilidad penal individual ante los tribunales penales internacionales

Precisamente, con el fin de limitar la eficacia de la inmunidad que conlleve el cargo de una de las personas mencionadas en caso de haber cometido crímenes internacionales, la Comunidad internacional dio un paso muy significativo en la segunda mitad del siglo XX para poner fin a la impunidad de los autores de estos

⁴⁷ En cualquiera de los dos casos, la renuncia debe ser autorizada por el Estado acreditante, siendo éste el único que tiene competencias para revocar válidamente las inmunidades. Sobre la renuncia a la inmunidad, véase la Memoria sobre las relaciones e inmunidades diplomáticas: CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1956, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1, pp. 129-170, at p. 166, para. 287. Ello confirma que las inmunidades de los representantes encuentran su fundamento en el propio Estado. Igualmente, conviene recordar que el Art. 26 del Proyecto de Harvard relativo a los privilegios e inmunidades diplomáticas exigía solamente el consentimiento expreso del Estado en el caso del propio Jefe de la misión diplomática; mientras que, con respecto a los demás miembros del personal subalterno, el texto consideraba suficiente una declaración de renuncia realizada por el propio Jefe de la misión. Véase HARVARD LAW SCHOOL, *Research in International Law, Diplomatic Privileges and Immunities*, en *Supplement: Codification of International Law, American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 1, 1932, pp. 15-192, at pp. 125 y ss.

⁴⁸ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013), UN Doc. Suplemento No. 10 (A/68/10), pp. 56-62, at p. 59.

graves crímenes y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes que violen normas de *ius cogens* internacional⁴⁹. Esta nueva tendencia se inició al término del período de posguerra, cuando se estableció el primer tribunal penal internacional en la historia reciente: el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMI)⁵⁰. El artículo 7 del Estatuto del TMI es el precursor de la idea de la improcedencia del carácter oficial, cuando decía que: “[t]he official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment⁵¹.” Incluso, la CPI consideró actualmente que *todo comenzó* con el artículo 7 anterior, siendo la génesis de la exclusión del cargo oficial como pretexto de la inmunidad jurisdiccional⁵². La corrección de tal disposición ha sido confirmada por el propio Tribunal de Núremberg en un pronunciamiento posterior, considerado clásico a día de hoy:

«Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced. [...] The principle of international law, which under certain circumstances protects the representatives of a state, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings⁵³.»

⁴⁹ Se trata precisamente de uno de los objetivos que se marcan los Estados Partes en el Preámbulo del Estatuto de Roma, considerando 5º.

⁵⁰ El Tribunal Militar Internacional de Núremberg fue creado por el *Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo*, conocido como Acuerdo de Londres, firmado el día 8 de agosto de 1945 en Londres por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América, Francia y la Unión Soviética. El Tribunal se creó con la finalidad de enjuiciar a los principales criminales de guerra del Eje europeo. Vid. IMT, *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, UNTS, Vol. 82, No. 251, p. 279.

⁵¹ El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg figura como anexo al Acuerdo de Londres y forma parte integrante de dicho Acuerdo, *ibid.*, p. 284. La traducción oficiosa del texto del Art. 7 dice: «El cargo oficial de los acusados, ya sean Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno no les exonerará de las responsabilidades ni servirá para atenuar la pena.» [Fuente: Cruz Roja Española]

⁵² Las palabras de la CPI fueron las siguientes: «Beginning with the Nuremberg Charter, the norm of immunity was revised in favour of jurisdiction of international courts to try Heads of State and other senior public officials, for violation of international criminal law. It all began with article 7 of the Nuremberg Charter». Vid. ICC, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Trial Chamber V(A), “Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial”, 18 June 2013, ICC-01/09-01/11-777, para. 67.

⁵³ Véase el pasaje completo en IMT, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946*, Judgment of 1 October 1946, Nuremberg, 1947, Vol. I, p. 223.

En efecto, el artículo 7 anterior constituye la primera referencia normativa que excepciona el carácter oficial de un individuo respecto de su responsabilidad penal por la comisión de crímenes internacionales⁵⁴, incluso cuando se tratara de un Jefe de Estado o un Jefe de Gobierno, en el sentido de que el cargo oficial no podría servir como circunstancia atenuante de dicha responsabilidad a la hora de determinar la pena⁵⁵. Sobre este último particular, el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TMILO) se inclina por una posición divergente, la única que podemos constatar a este respecto, en el sentido de admitir que el carácter oficial podría invocarse como circunstancia atenuante de la pena, si así fuese necesario por razones de equidad y justicia⁵⁶.

El principio de improcedencia del cargo oficial se contempló posteriormente en otros instrumentos convencionales, como es la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 9 de diciembre de 1948, en cuyo artículo IV se consagra la improcedencia del cargo en estos términos: “[l]as personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares⁵⁷.”

A partir de la Sentencia final del Tribunal de Núremberg de 1 de octubre de 1946, el principio de improcedencia del cargo oficial entró a formar parte de los

⁵⁴ Sobre la inoponibilidad de la inmunidad funcional ante la comisión de crímenes internacionales puede consultarse, entre otros, ZUPPI, A.L., “Un estudio comparado de las inmunidades de los jefes de Estado en las Constituciones de América Latina frente a la Corte Penal Internacional”, en FERRER MAC-GREGOR, E.F. y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A.Z. (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como Investigador del Derecho*, Tomo IX. Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, México, D.F.: Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Marcial Pons, 2008, pp. 925-945, at pp. 941-945.

⁵⁵ No obstante, cabe decir que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente es el único instrumento en el que encontramos una referencia en este sentido, puesto que permite considerar el carácter oficial de un individuo como circunstancia atenuante de la pena. Vid. *infra*, el Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. Este Tribunal fue creado por la Carta de Tokio el 19 de enero de 1946, con el fin de juzgar a los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente.

⁵⁶ El Art. 6 del Estatuto del TMILO señala: «*Responsibility of Accused*. Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.» Vid. IMTFE, *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, 19 January 1946, UN Doc. Acts Series 1589.

⁵⁷ Véase *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948, AGNU, Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948 [UN Doc. A/RES/260(III)].

Principios de Núremberg, denominados oficialmente como los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Núremberg*, y que fueron confirmados posteriormente por la Asamblea General⁵⁸. El Principio III de la propuesta de Principios manifiesta lo siguiente: “[t]he fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law⁵⁹.” Partiendo de esta formulación, resulta que una persona que haya cometido un acto constitutivo de crimen internacional, actuado como autoridad o Jefe de Estado, no estará exenta de su responsabilidad conforme al Derecho Internacional. De ahí que, en estos casos no se podrá invocar la inmunidad de jurisdicción penal, cobrando, por consiguiente, todo su sentido el principio de la responsabilidad penal individual que contempla el Principio I.

El principio de la improcedencia del cargo oficial se consolidó después con su inclusión en la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid* de 30 de noviembre de 1973⁶⁰. Por su parte, el artículo 7 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de 1996⁶¹, sobre el *carácter oficial* de un individuo, vuelve a reafirmar la responsabilidad penal del inculpado, considerado responsable de un crimen contra la paz y la seguridad de

⁵⁸ El texto de los Principios (*Principles of International Law recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*) puede verse en ILC, Yearbook of the International Law Commission 1950, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1950/Add.1, pp. 374-378, para. 95 et seq. Asimismo, AGNU, Resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, *Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg* [UN Doc. A/RES/95(I)]; Resolución 488 (V), de 12 de diciembre de 1950, sobre la *Formulación de los Principios de Núremberg* [UN Doc. A/RES/488(V)].

⁵⁹ ILC, Yearbook of the International Law Commission 1950, *op. cit.*, p. 375, para. 103.

⁶⁰ El Art. III de la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid* dice que: «Se considerarán criminalmente responsables en el plano internacional, cualquiera que sea el móvil, los particulares, los miembros de las organizaciones e instituciones y los representantes del Estado, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetran los actos como en cualquier otro Estado...». La Convención fue adoptada por la Asamblea General en su Resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973 [UN Doc. A/RES/3068(XXVIII)]. La Convención entró en vigor el 18 de julio de 1976, UNTS, Vol. 1015, p. 266.

⁶¹ CDI, *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones (6 de mayo-26 de julio de 1996), UN Doc. A/51/10, pp. 29-30, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II, Segunda Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.I(Part 2).

la humanidad, pese a su carácter oficial en el momento de la comisión del crimen, incluso si actuó como Jefe de Estado o Jefe de Gobierno⁶².

Los precedentes normativos que acabamos de mencionar van a reflejarse en la redacción de los textos de los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia [art. 7.2]⁶³ y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda [art. 6.2]⁶⁴. Entre los demás instrumentos jurídicos que consagran la irrelevancia del cargo oficial *vis-à-vis* la responsabilidad penal del individuo, se pueden traer a colación aquellos otros mediante los que se han constituido algunos tribunales híbridos, mixtos o internacionalizados. Así, podemos referirnos al artículo 6.2 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL)⁶⁵ y también al artículo 29 del Estatuto de las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya (SETC)⁶⁶.

De la presentación anterior, observamos que los instrumentos pertinentes adoptados desde el Estatuto del Tribunal de Núremberg han ido excluyendo de forma sistemática el carácter oficial del individuo, sea éste un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Asuntos Exteriores, como eventual excepción frente a los crímenes internacionales que haya podido cometer. El carácter oficial

⁶² El Art. 7 sobre el “*Carácter oficial y responsabilidad*” establece lo siguiente: «El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal ni atenuará su castigo.»

⁶³ El Art. 7.2 establece que: «El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del Gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.» El Estatuto del TPIY puede consultarse en CSNU, Resolución 827 (1993), de 25 de mayo [UN Doc. S/RES/827 (1993)].

⁶⁴ El Art. 6.2 establece que: «El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del Gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.» Como se puede comprobar, la redacción coincide con el contenido material del Art. 7.2 del Estatuto del TPIY. Vid. CSNU, Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre [UN Doc. S/RES/955 (1994)].

⁶⁵ El Art. 6.2 del Estatuto del TESL tiene el mismo contenido que los artículos 7.2 del Estatuto del TPIY y 6.2 del Estatuto del TPIR. El tenor literal del mismo es: «The official position of any accused persons, whether as Head of State or Government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.» El Tribunal Especial para Sierra Leona se estableció mediante el *Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona*, de 16 de enero de 2002, en cuyo anexo figura el Estatuto de este Tribunal. El Acuerdo entró en vigor, de conformidad con su Art. 21, el 12 de abril de 2002, tras ser ratificado por Sierra Leona. El mandato para la creación del Tribunal se encuentra en la Resolución 1315 del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto de 2000 [UN Doc. S/RES/1315 (2000)]. Véase, igualmente, BLANC ALTEMIR, A., “El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 19, 2003, pp. 101-138, at p. 109.

⁶⁶ El Art. 29 del Estatuto de las SETC tiene el mismo contenido que el resto de disposiciones antes citadas.

tampoco servirá como circunstancia atenuante al determinar el castigo a imponer por tales crímenes, es decir, no puede ser motivo para la disminución de la pena.

Todos los antecedentes anteriores han contribuido significativamente a la consolidación del principio de improcedencia o irrelevancia del cargo oficial, que se opone radicalmente a la idea de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, precisamente fundamentada en el carácter oficial del cargo de una persona. Pero, como ya se había pronunciado la CDI con anterioridad, sería paradójico permitir que dichas personas pudiesen “invocar la soberanía del Estado y escudarse tras la inmunidad que su carácter oficial les confiere, particularmente dado que esos crímenes odiosos consternan a la conciencia de la humanidad, violan algunas de las normas más fundamentales del derecho internacional y amenazan la paz y la seguridad internacionales⁶⁷.”

Como muy convenientemente señalaba el Sr. ARANGIO-RUIZ en los debates sobre el establecimiento de una futura Corte Penal Internacional en el ámbito de la Comisión:

«La competencia de la corte penal internacional afectará a los Estados en el «control» exclusivo que ejercen sobre sus nacionales y, muy particularmente, sobre sus altos funcionarios o sus dirigentes. *Esa competencia impregnará la trama misma de los Estados; se desgarrará el velo de su soberanía para poner tal vez algunos de sus altos funcionarios a disposición de la corte a fin de que ésta los juzgue y, en su caso, los condene. [...] [L]o que debe tenerse presente de manera imperativa, ... es que la persona que sea puesta a disposición de la corte, juzgada, condenada y obligada a cumplir una pena puede ser el jefe del Estado, el primer ministro, el comandante supremo de las fuerzas armadas o el ministro de defensa de tal o cual país⁶⁸.*»

En virtud de todo lo anterior, podemos concluir señalando que el principio de improcedencia del cargo oficial tiene por objeto impedir que un individuo que haya cometido un crimen internacional pueda invocar su capacidad oficial como circunstancia eximente de su responsabilidad penal, incluso si alega que los actos típicos del crimen fueron ejecutados en el desempeño de sus funciones oficiales.

⁶⁷ UN Doc. A/51/10, p. 29, para. 1.

⁶⁸ Sr. Gaetano ARANGIO-RUIZ (Italia), Relator Especial de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados. Véase CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994*, Vol. I, *Actas resumidas de las sesiones del 46º período de sesiones celebrado en Ginebra del 2 de mayo al 22 de julio de 1994*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1994, p. 36, paras. 27-28. La cursiva es nuestra.

Como señaló el Tribunal de Núremberg en su Sentencia de 1 de octubre de 1946, el principio de Derecho Internacional que protege a los representantes del Estado no será aplicable a los actos que constituyen crímenes de Derecho Internacional.

II. EL PRINCIPIO DE «IMPROCEDENCIA DEL CARGO OFICIAL» Y EL ARTÍCULO 27 DEL ESTATUTO DE ROMA

2.1. La creación e introducción del artículo 27 en el Estatuto de Roma

La idea de que el cargo oficial no exime ni libera de responsabilidad penal al autor de uno de los crímenes del artículo 5 del Estatuto de Roma, tuvo un lugar central en los debates sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, que se llevaron a cabo en el ámbito del Comité Preparatorio. Dicha premisa fue desarrollada a partir de los precedentes de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* que existieron con anterioridad a la creación de la propia CPI (Núremberg, Tokio, Yugoslavia y Ruanda)⁶⁹. En este contexto, en las actuaciones del Comité “se apoyó la idea de que el estatuto rechazara toda defensa de cargo oficial en calidad de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario público responsable; tal cargo oficial no debería exonerar a ninguna persona acusada de responsabilidad penal⁷⁰.” De acuerdo con el informe evacuado por el Comité Preparatorio, resulta destacable igualmente que se enfatizó en la necesidad de estudiar más a fondo la cuestión de la inmunidad diplomática y otras medidas procesales adoptadas por la Corte⁷¹.

La introducción del artículo 27 del Estatuto de Roma dentro de la Parte III, «*De los principios generales de Derecho Penal*» [Internacional], como una cuestión de fondo, fue reconocida en la labor del Comité Especial sobre el establecimiento de

⁶⁹ Véase, a este respecto, el epígrafe I.1.2.

⁷⁰ AGNU, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Volumen I, Actuaciones del Comité Preparatorio en los períodos de sesiones de marzo y abril y de agosto de 1996, Asamblea General Documentos Oficiales, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/51/22) [UN Doc. A/51/22[VOL.I]], p. 48, para. 193.*

⁷¹ *Ibid.*

una Corte Penal Internacional, en donde se incluyó la *prescindencia del cargo oficial* dentro de las cuestiones sustantivas⁷². En palabras de ESCOBAR HERNÁNDEZ, esta norma viene a consagrar el principio de responsabilidad de vocación universal⁷³.

El Estatuto de Roma es el primer tratado internacional a través del que se instituye una jurisdicción penal internacional, ante la que, no sólo el cargo oficial de una persona será irrelevante a los efectos del ejercicio de la competencia de la Corte, sino que, además, consagra una renuncia convencional a la inmunidad. En estas circunstancias, de los plenos términos de la norma se deduce que ésta tiene como objetivo la eliminación de cualquier inmunidad o norma de procedimiento especial que impida el ejercicio efectivo de la jurisdicción de la Corte que conlleve el cargo oficial de una persona con respecto a su responsabilidad penal⁷⁴.

Pues bien, antes de proceder con el actual artículo 27 del Estatuto de Roma, tenemos que referirnos previamente a las propuestas que se llegaron a formular y que surgieron de los debates en el Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional⁷⁵, a partir de los cuales se construyó la versión

⁷² Véase AGNU, *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Asamblea General Documentos Oficiales, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/50/22) [UN Doc. A/50/22(SUPP)], Anexo II, B.1, p. 58.

⁷³ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz", *Revista Internacional de Filosofía Política*, Vol. 21, 2003, pp. 5-35, at p. 16.

⁷⁴ Véase VAN DER WILT, H., "Immunities and the International Criminal Court", en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 595-613.

⁷⁵ A continuación, presentamos las dos propuestas que se llegaron a formular:

Propuesta 1

El cargo oficial no eximirá de responsabilidad penal

[1. El presente Estatuto se aplicará a todas las personas sin discriminación.] El cargo oficial de una persona que cometa uno de los crímenes tipificados en el presente Estatuto y, en particular, el hecho de que actúe en calidad de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario con responsabilidades en la Administración, no le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá motivo para reducir la pena.

2. Inmunidad

En el curso de una investigación o un procedimiento realizado por solicitud de la Corte no se podrá aducir inmunidad de jurisdicción sobre la base del derecho internacional ni sobre la base del derecho nacional.

Propuesta 2

Cargo oficial del acusado

1. El hecho de que el acusado desempeñe un cargo oficial en calidad de Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante electo o agente del Estado, no le eximirá de responsabilidad penal con arreglo al presente Estatuto ni ello constituirá motivo para que se reduzca la pena.

definitiva que encontramos hoy en día en el articulado del Estatuto. Cabe señalar que cada una de las dos propuestas contenía un párrafo relativo al cargo oficial, seguido de un segundo apartado que versaba sobre la inmunidad de jurisdicción.

Así, el coordinador del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los *principios generales del Derecho Penal* presentó en la sesión de febrero de 1997⁷⁶ el antecedente más inmediato del actual artículo 27, que fue el entonces artículo 24 del *Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional*⁷⁷, que consagra el principio por medio de una formulación semejante. A su vez, el modelo en que se inspiró este proyecto de artículo era el Principio III de los Principios de Núremberg que ya hemos visto:

Artículo 24

Inadmisibilidad del cargo oficial como eximente

«1. El presente Estatuto será aplicable a todos sin discriminación. El cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá [per se] motivo para reducir la pena.

2. No se podrá hacer valer, con arreglo al derecho interno ni al derecho internacional, inmunidad de jurisdicción ni normas de procedimiento especiales vinculadas al cargo oficial de una persona para impedir que la Corte ejerza su competencia en relación con ella⁷⁸.»

Partiendo de la redacción anterior, en la Conferencia de Roma no se alteró sustancialmente el texto adoptado por el Comité Preparatorio en su versión final. En este orden de cosas, el párrafo primero fue adoptado por la Comisión Plenaria

2. Ante la Corte no se podrán interponer como excepción las normas especiales de procedimiento, las inmunidades ni la protección que lleve aparejadas el cargo oficial del acusado y que estén reconocidas por el derecho interno o por convenciones o tratados internacionales.

Véase AGNU, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Volumen II, Compilación de propuestas, Asamblea General Documentos Oficiales, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/51/22) [UN Doc. A/51/22[VOL.II]], p. 86.*

⁷⁶ El Comité Preparatorio se reunió del 11 al 21 de febrero, del 4 al 15 de agosto y del 1 al 12 de diciembre de 1997, con el objeto de seguir preparando un texto consolidado de aceptación general de una convención sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

⁷⁷ El *Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional*, junto con el *Proyecto de Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, se pueden ver en el *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998*, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998, pp. 2 y ss.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 51. En nota al pie de página del último párrafo del Art. 24 se incluía esta referencia: «Se necesitará un examen ulterior del párrafo 2 en relación con la cooperación judicial internacional.»

sin ningún debate adicional⁷⁹, a diferencia del párrafo segundo que fue adoptado posteriormente, en la novena sesión plenaria⁸⁰. Ambas disposiciones configuran la plenitud de lo que es hoy el artículo 27 del Estatuto de Roma, cuyo tenor literal es del orden siguiente:

Artículo 27

Improcedencia del cargo oficial

- «1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.»

Como se puede notar, la inclusión del artículo 27 en el ámbito del Estatuto de Roma parte de la noción de que el cargo oficial de una persona no la exonera de su responsabilidad por la comisión de crímenes de la competencia de la Corte, ni tampoco precluye la posibilidad para que ésta prosiga sus actuaciones penales. La norma que estudiamos está conformada por dos apartados que en la práctica pueden ser confundidos, aunque introducen categorías jurídicas distintas. Así, el párrafo primero se refiere a la cuestión de la responsabilidad penal del individuo,

⁷⁹ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Comisión Plenaria, *Acta Resumida de la Segunda Sesión celebrada en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, el martes 16 de junio de 1998, a las 15.00 horas*, A/CONF.183/C.1/SR.2, 20 de noviembre de 1998, paras. 75-83; Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Comisión Plenaria, *Acta Resumida de la Octava Sesión Plenaria celebrada en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, el viernes 19 de junio de 1998, a las 15.00 horas*, A/CONF.183/C.1/SR.8, 25 de enero de 1999, para. 75. De esta manera lo evidencia la falta de toda referencia al Art. 24, salvo la que encontramos en la octava sesión, del orden siguiente: «Con respecto al primer párrafo del artículo 24 el orador dice que ya está en poder del Comité de Redacción y se ha llegado a un acuerdo sobre el párrafo 2. El texto del antiguo artículo 26, llamado ahora provisionalmente “Artículo X”, se ha redactado como cuestión jurisdiccional. Se ha llegado a un acuerdo sobre dicho texto, pero debe trasladarse a un lugar apropiado de la Parte 2.»

⁸⁰ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Comisión Plenaria, *Acta Resumida de la Novena Sesión celebrada en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, el lunes 22 de junio de 1998, a las 10.00 horas*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.9, 6 de julio de 1999, p. 2, para. 2: «El párrafo 1 del artículo 24 sobre la inadmisibilidad del cargo oficial como eximente ya ha sido presentado al Comité de Redacción, que sin duda podría ocuparse también de las sugerencias que se han hecho con respecto al texto del párrafo 2 de ese artículo.»

de naturaleza sustantiva; mientras que el párrafo segundo lo hace con respecto a la improcedencia de la inmunidad de jurisdicción ante la Corte, cuestión ésta de naturaleza eminentemente procesal⁸¹. Si bien se trata de dos cuestiones separadas materialmente, en palabras de JACOBS presentan una consecuencia importante⁸²:

«[T]here is no conceptual obstacle to recognizing that a person may have *criminal responsibility* in relation to conduct performed in an official capacity, but to say that some *procedural bars*, such as immunities, can prevent certain courts from actually exercising jurisdiction to determine the scope of that criminal responsibility⁸³.»

Cabe reconocer que ambos conceptos no han sido distinguidos claramente en la práctica anterior, aunque, como muy oportunamente ha aclarado el Relator Especial en su dictamen preliminar, “[l]a inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos⁸⁴.” En palabras de KRESS, la distinción de estas dos instituciones contribuye a la claridad sintáctica del propio Estatuto: “the distinction drawn in the two paragraphs of Article 27 of the ICC Statute marks progress in the clarity of drafting⁸⁵.”

⁸¹ Autores como AKANDE, D. y SHAH, S., “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2011, pp. 815-852, at p. 828; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 406 y ss; CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D. y WILMSHURST, E., “Immunities”, en *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 3ª ed., 2014, pp. 540-566; FOX, H. y WEBB, P., *The Law of State Immunity*, Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 2013, p. 704, sostienen que las normas de *ius cogens* que prohíben las conductas tipificadas como crímenes internacionales, y a partir de las cuales se origina la responsabilidad penal individual, se mueven en el plano del Derecho sustantivo. Por el contrario, las normas reguladoras de la inmunidad procesal, ya sean de naturaleza consuetudinaria o convencional, operan en un ámbito estrictamente procesal para impedir las actuaciones judiciales de un órgano jurisdiccional extranjero contra los funcionarios de un tercer Estado, considerados presuntamente responsables de la comisión de tales crímenes. En consecuencia, tal y como señala HAZEL FOX (*The Law of State Immunity*, 2004), la norma relativa a la inmunidad *ratione materiae* no contradice ni se opone a la prohibición contenida en las normas de *ius cogens*.

⁸² JACOBS, D., “The Frog that Wanted to Be an Ox: The ICC’s Approach to Immunities and Cooperation”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 281-302, at p. 283.

⁸³ *Ibid.* Énfasis añadido.

⁸⁴ Véase CDI, *Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado preparado por el Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial*, 60º período de sesiones, Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008, UN Doc. A/CN.4/601, p. 32, para. 66. Por su parte, el Relator fundamentó su respuesta en el asunto sobre la Orden de detención de 11 de abril de 2000, ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, op. cit., para. 60.

⁸⁵ KRESS, C., “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute”, en BERGSMO, M. y LING, Y. (eds.), *State Sovereignty and*

Nos parece especialmente intrigante la proposición constructiva que hace ABRISKETA URIARTE sobre la relación que guardan los dos párrafos del artículo 27 del Estatuto, en el entendimiento de que lo estipulado en el primero de ellos “es un prerequisite para que la Corte pueda ejercer su competencia como dispone el art. 27 (2)⁸⁶”. Aunque, posteriormente, la autora reconoce que “no significa que esto segundo suceda automáticamente⁸⁷.” Según este planteamiento, se trata de “subordinar” la improcedencia del cargo oficial, *stricto sensu*, y la responsabilidad penal del individuo, a las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona⁸⁸. Indudablemente, si hay inmunidad jurisdiccional es porque se ejerce un cargo público que fundamenta la existencia de la misma. Dicho en otros términos, el cargo oficial de una persona podría verse como un prerequisite para el reconocimiento de la inmunidad.

Por su parte, SALAND, quien coordinó precisamente la Parte III del Estatuto de Roma relativa a los principios generales de Derecho Penal, manifestó que fue relativamente fácil ponerse de acuerdo sobre la formulación del principio del que hace eco el artículo 27, destacando que la improcedencia del cargo oficial fue algo indiscutido durante todos los debates. No obstante, el coordinador reconoció que tanto España como México tenían algunos problemas, e incluso este país formuló algunas objeciones a la redacción del párrafo segundo que después se retiraron⁸⁹.

De la lectura del artículo 27, queda notorio que en la Conferencia de Roma se decidió seguir la propuesta contenida en el Proyecto de Estatuto que, a su vez, se fundamenta, como ocurrió con el resto de instrumentos jurídicos constitutivos

International Criminal Law, Beijing: Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012, pp. 223-265, at p. 252.

⁸⁶ ABRISKETA URIARTE, J., “Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, No. 1, 2016, pp. 19-47, at p. 29. En el mismo sentido, véanse: FOX, H. y WEBB, P., *The Law of State Immunity*, Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 2013, pp. 429-430; JACOBS, D., “The Frog that Wanted to Be an Ox: The ICC’s Approach to Immunities and Cooperation”, *op. cit.*, p. 283.

⁸⁷ ABRISKETA URIARTE, J., *op. cit.*, p. 29.

⁸⁸ El entrecomillado es nuestro.

⁸⁹ SALAND, P., “International Criminal Law Principles”, en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 202. El texto en inglés dice lo siguiente: «The principle provided for in this article was uncontested throughout the discussions, and it was relatively easy to agree on its formulation. Mexico had some objections concerning the language in paragraph 2 but withdrew its reservations. Spain also had some problems. The Drafting Committee made some changes to the paragraph after its adoption in the working group.»

de los tribunales penales internacionales, en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal de Núremberg, como precursor de todos ellos.

Sin perjuicio de este párrafo primero del artículo 27, el apartado segundo, como tendremos ocasión de ver en la parte correspondiente, cumple una función totalmente distinta, en tanto que se refiere a la improcedencia de las inmunidades jurisdiccionales que conlleve el cargo oficial de una persona, aquélla que cumple las funciones oficiales. Aquí nos podemos preguntar; ¿dónde está la diferencia? Pues, ciertamente la falta de rigor en la doctrina, incluso en algunas resoluciones judiciales, hace que ambas categorías sean utilizadas indistintamente y, por tanto, confundidas.

2.2. Análisis e interpretación teleológica de los elementos del artículo 27 del Estatuto de Roma

2.2.1. El significado corriente del párrafo primero del artículo 27

Una vez presentada la labor codificadora sobre el artículo 27 en las líneas precedentes, en este momento se abre una nueva ventana de incertidumbres que tiene que ver con el sentido que hay que atribuir a sus términos, para comprender su verdadero alcance y valor jurídico. Por lo que, una de las cuestiones a las que nos tenemos que enfrentar necesariamente es la falta de precisión de este artículo. Debido a tal hecho, ahora debemos emprender una labor de interpretación de la disposición normativa para determinar qué es lo que ordinariamente quiere decir el término “cargo oficial”, en el sentido empleado por el Estatuto de Roma. Como establece el profesor ALLAND en su *curso general sobre la interpretación del Derecho Internacional Público*, la interpretación como técnica tiene un doble objeto: atribuir un sentido al texto normativo y determinar su significado⁹⁰. Pues, el significado

⁹⁰ ALLAND, D., “L’interprétation du droit international public”, *Recueil des Cours*, Vol. 362, 2012, pp. 41-394, at pp. 65 y ss., en especial pp. 122-125.

adopta una importancia particular en Derecho Internacional, en la medida en que nos permite llegar al verdadero valor jurídico del texto interpretado.

A los efectos de nuestro estudio, el punto de partida para la interpretación del artículo 27 del Estatuto de Roma deben ser, inexcusablemente, los artículos 31 y 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969⁹¹, que contienen las reglas generales en materia de interpretación. Ello es así porque, además de su aplicación general en Derecho Internacional⁹², estas reglas de interpretación han sido integradas en el sistema del Estatuto de Roma por la propia Corte, afirmando que “[l]a interpretación de los tratados, y el Estatuto de Roma no es una excepción, se rige por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹³”, siendo ésta la norma principal y auténtica⁹⁴. Partiendo de esta premisa, en consecuencia, para determinar el significado ordinario de la norma estatutaria, debemos iniciar nuestro estudio adentrándonos en el sentido propio de sus palabras. El artículo 27.1 del Estatuto debe ser interpretado “de buena fe⁹⁵”

⁹¹ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969, UNTS, Vol. 1155, p. 443.

⁹² En el sistema de Derecho aplicable prescrito por el Art. 21 del Estatuto, la Corte aplicará: «a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados». En la doctrina, pueden consultarse en materia de interpretación de tratados las contribuciones de EHRLICH, L., “L’interprétation des traités”, *Recueil des Cours*, Vol. 24, 1928, pp. 33 y ss.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 203-230; LAUTERPACHT, H., “Les travaux préparatoires et l’interprétation des traités”, *Recueil des Cours*, Vol. 48, 1934, pp. 779-797; REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Madrid: Tecnos, 1987, pp. 306-324; WRIGHT, Q., “The Interpretation of Multilateral Treaties”, *American Journal of International Law*, Vol. 23, No. 1, 1929, pp. 94-107; YASSEEN, M.K., “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, *Recueil des Cours*, Vol. 151, 1976, pp. 19-77, pp. 78-95.

⁹³ CPI, *Situación en la República Democrática del Congo*, Sala de Apelaciones, “Sentencia relativa a la solicitud del Fiscal de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar”, 13 de julio de 2006, ICC-01/04-168-tSPA, para. 33. Traducción oficial de la Corte. En este mismo sentido, ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Chamber, “Decision on the admissibility of the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Décision sur la confirmation des charges” of 29 January 2007”, 13 June 2007, ICC-01/04-01/06 OA8, para. 8: «The parties agree that the Vienna Convention on the Law of Treaties (23 May 1969) is the principal guide to the interpretation of the Statute.»

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Sobre estas palabras se ha pronunciado la CIJ en múltiples ocasiones. Véanse, entre otros: ICJ, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974, *ICJ Reports* 1974, p. 253, para. 46; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court*, Judgment of 4 December 1998, *ICJ Reports* 1998, p. 432, para. 37; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, *ICJ Reports* 2004, p. 136, paras. 94, 163.

y “conforme al sentido corriente” de las palabras contenidas en él, “en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin⁹⁶” — esto es del propio Estatuto⁹⁷ —. Según la Sala de Apelaciones en la *situación en la República Democrática del Congo*, la guía o regla auténtica sería como sigue:

«La norma que rige la interpretación de un fragmento de un texto jurídico es que sus términos deben leerse en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. El contexto de una determinada disposición legislativa se define por la específica subsección del instrumento jurídico leída como un todo y conjuntamente con la sección de dicho instrumento en su conjunto. Sus objetos pueden inferirse del capítulo del instrumento jurídico en el que está incluida esa sección, y sus fines de los objetivos generales de la ley deducidos de su preámbulo y del tenor general del tratado⁹⁸.»

Conforme al sentido corriente y literal del párrafo primero del artículo 27, se nos plantean una serie de interrogantes sobre aquello que exactamente querían decir los redactores cuando utilizaron la expresión “cargo oficial”. De su lectura, parece que el precepto regula, *stricto sensu*, la irrelevancia o *improcedencia del cargo oficial* de una persona a los efectos de su responsabilidad penal individual. Ahora bien, se nos presentan dos posibles alternativas para interpretar este artículo. Por un lado, apostar por una interpretación literal y estricta de sus términos. Por otro lado, inclinarnos por una interpretación funcional que haga entendible el artículo según el contexto, aun cuando no se ajustaría a su estricta literalidad.

En primer lugar, según la nomenclatura empleada por los redactores en la Conferencia de Roma, podemos pensar que ellos querían referirse al cargo oficial como a un puesto o posición funcional que ocupa una persona en la estructura orgánica dentro de un Estado. Aunque, en los términos en los que está redactada la norma, también cabe la posibilidad de admitir una segunda interpretación, en el sentido de considerar que sería irrelevante, a los efectos de la responsabilidad, que la persona presuntamente responsable haya realizado la conducta delictiva

⁹⁶ Véanse también ICJ, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, Judgment of 3 February 1994, ICJ Reports 1994, p. 6, para. 41; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 15 February 1995, ICJ Reports 1995, p. 6, para. 33.

⁹⁷ Sobre los principales métodos de interpretación que conforman la *regla general*, véase ALLAND, D., “L’interprétation du droit international public”, *op. cit.*, pp. 143-152.

⁹⁸ *Ibid.*, ICC-01/04-168-tSPA, para. 33.

en el ejercicio de sus funciones oficiales. Es decir, que el crimen se haya cometido como parte de un “acto realizado a título oficial”.

Pues bien, para determinar los *criterios identificativos* de un “acto realizado a título oficial”, resulta imprescindible apoyarnos en los comentarios de la CDI expresados en el marco del *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*. De esta forma, la Comisión considera que para calificar un acto como realizado a título oficial es necesario que el mismo pueda ser atribuido al Estado. Lo anterior quiere decir que la calificación del acto, que puede ser realizado solamente por un funcionario del Estado, requiere de la existencia de una especial conexión entre el acto y el Estado⁹⁹. Por lo que se refiere estrictamente a los criterios que nos permiten identificar al acto, cabe señalar los siguientes: a) debe tratarse de un acto realizado por cuenta del Estado; b) además, debe tratarse de un acto que implicase el ejercicio de soberanía y atribuciones del poder público; c) por último, debe tratarse de un acto de naturaleza penal¹⁰⁰. Sin embargo, la referencia a la “naturaleza penal” del acto trata de reflejar solamente un concepto descriptivo a los efectos del Proyecto de la CDI, y no debe entenderse que todos los actos oficiales realizados por un funcionario fuesen ‘delictivos’. En el *Informe de la Comisión* encontramos que determinadas actividades oficiales, por su idiosincrasia, tienen una importante connotación o expresión de la soberanía del Estado, a saber: los actos de administración de justicia, los actos de policía, las actividades de las Fuerzas Armadas, o las relaciones exteriores en general. No obstante, la Comisión considera que no es posible establecer una lista cerrada de “actos realizados a título oficial”. Por el contrario, la identificación de tales actos deberá realizarse de forma casuística, teniendo presente en cada caso los criterios antes señalados¹⁰¹.

⁹⁹ La CDI ha considerado necesario incluir en la definición de “acto realizado a título oficial” una referencia expresa al autor de dicho acto, esto es, al funcionario del Estado, con el objeto de centrar la atención sobre el hecho de que únicamente un funcionario del Estado puede realizar un acto a título oficial, expresando en consecuencia la necesidad de una vinculación entre el autor del acto y el Estado.

¹⁰⁰ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 67º período de sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2015), UN Doc. Suplemento No. 10 (A/70/10), p. 132, para. 189.

¹⁰¹ Véanse los comentarios 10), 11) y 12) al proyecto de artículo 2 del *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, en CDI, *Informe de la Comisión*

Con todo, para poder inclinarnos en una u otra dirección sobre el artículo 27 y esclarecer el verdadero significado de la norma, resulta igualmente necesario adentrarnos en la exégesis de los textos auténticos del artículo en su versión en francés, así como en su versión auténtica en inglés, con el propósito de corroborar finalmente la interpretación que nosotros defendemos.

De esta manera, acudiendo en primer lugar al texto en francés, éste viene a establecer lo siguiente: “[l]e présent Statut s’applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle¹⁰².” Por su parte, la versión inglesa del mismo texto dice así: “[t]his Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity¹⁰³.” Como queda de manifiesto, los dos textos anteriores guardan una similitud aparente en cuanto a los términos utilizados por los redactores, algo que no podemos afirmar respecto de la versión española, que a nuestro juicio no expresa fielmente la autenticidad de esos textos: “será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial”.

De la dicción de los textos francés e inglés, ambos se refieren a la **capacidad oficial** («*Défaut de pertinence de la qualité officielle*» e «*Irrelevance of official capacity*», respectivamente), lo que nos induce a pensar que el texto en español no se refiere al “cargo oficial” como puesto funcional, lo cual puede parecer primeramente de su lectura. En efecto, cuando el párrafo primero se refiere al “cargo oficial”, lo que realmente quiere denotar es la capacidad o el carácter oficial de una persona a los efectos de su responsabilidad penal individual. Es decir, los textos en francés y en inglés proyectan de manera más fidedigna la intención de las partes, ya que son expresivos de la misma realidad, que es la irrelevancia del carácter oficial del autor de un crimen de la competencia de la Corte, incluso si actuó como “Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno”.

de Derecho Internacional, 68º período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016), UN Doc. Suplemento No. 10 (A/71/10), pp. 383-385.

¹⁰² Statut de Rome de la Cour pénale internationale, A/CONF.183/9, en date du 17 juillet 1998.

¹⁰³ Rome Statute of the International Criminal Court, A/CONF.183/9, of 17 July 1998.

De manera complementaria, sobre el significado del artículo 27, hablando en general, se ha pronunciado asimismo la Sala de Primera Instancia de la Corte en la *situación de la República de Kenia*, afirmando lo siguiente:

«The central principle captured in Article 27 then is that the official position of the accused does not shield him against the jurisdiction of the Court for purposes of inquiring into his or her own individual criminal responsibility for crimes proscribed in the Statute. Indeed, the struggle against impunity for crimes that shock the conscience of humanity, being the *raison d'être* of the ICC, is a hopelessly lost cause without that cardinal principle of modern international criminal law¹⁰⁴.»

Como acabamos de observar, el objeto del artículo 27.1 es impedir que una persona, que haya cometido alguno de los crímenes mencionados en el artículo 5 del Estatuto de Roma, pueda invocar su “cargo oficial” como circunstancia que le exonere de responsabilidad o le confiera cualquier privilegio procesal, incluso si ese individuo alega que los actos constitutivos del crimen fueron ejecutados en el desempeño de sus funciones oficiales. Así que, bajo ninguna circunstancia, el “cargo oficial” le eximirá de su responsabilidad penal, ni atenuará su pena.

Desde un punto de vista doctrinal, en la opinión de TRIFFTERER, el ejercicio del “cargo oficial” debería ser interpretado en un sentido extensivo, según el cual aquél no podría derogar la responsabilidad penal de ninguna persona por alguno de los crímenes de la competencia de la Corte¹⁰⁵. En este sentido se posicionan BIANCHI¹⁰⁶, ESCOBAR HERNÁNDEZ¹⁰⁷, GAETA¹⁰⁸ y SCHABAS¹⁰⁹. Como correctamente lo pone en énfasis la Relatora Especial, el Estatuto de Roma proclama un modelo

¹⁰⁴ ICC, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Trial Chamber V(A), “Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial”, 18 June 2013, ICC-01/09-01/11-777, para. 69.

¹⁰⁵ Véase, en particular, TRIFFTERER, O. y BURCHARD, C., “Article 27. Irrelevance of official capacity”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 1037-1055, at p. 1050, para. 18.

¹⁰⁶ La autora afirma que «individuals are accountable for crimes of international law regardless of their official position.» Véase BIANCHI, A., “Immunity versus Human Rights: The *Pinochet Case*”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999, pp. 237-277, at pp. 250-260.

¹⁰⁷ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz”, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁸ GAETA, P., “Official Capacity and Immunities”, en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 975-1001, at pp. 990-991.

¹⁰⁹ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 446-453, at pp. 447-449.

de competencia subjetiva que “se traduce en la proclamación de un principio de responsabilidad penal individual de alcance universal [...] sin que sea relevante el hecho de que la persona en cuestión desempeñe o haya desempeñado un cargo oficial¹¹⁰.”

Teniendo en cuenta el análisis que acabamos de efectuar sobre el sentido propio del artículo 27.1 del Estatuto de Roma, y viendo en particular a los trabajos preparatorios del tratado, estamos en la posición de afirmar que, lo que realmente quiere expresar el término “cargo oficial”, desde un punto de vista funcional, no es el cargo como posición orgánica, sino la inmunidad funcional o *ratione materiae*, sin mencionarla *expressis verbis*.

Ahora bien, siendo esto así, cabe destacar que la naturaleza de la norma hace que estemos ante una *excepción convencional a la inmunidad material*. Aunque, resulta que la misma exclusión a la inmunidad de jurisdicción existe en el marco del Derecho Internacional consuetudinario, en el sentido de que una persona no puede alegar la inmunidad que conlleve su cargo, incluso cuando se trate de un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o un Ministro de Asuntos Exteriores, si se le considere presunto responsable de la comisión de crímenes internacionales. Esta conclusión deriva de la existencia en Derecho Internacional de una excepción de carácter consuetudinario, que ha sido codificada por la CDI en el nuevo proyecto de artículo 7 al *Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*. En cumplimiento de su mandato, la Relatora Especial presentó su quinto informe en 2016, en el que se incluía la proposición del nuevo proyecto de artículo 7 relativo a los *Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad ratione materiae no se aplica*¹¹¹.

De conformidad con el texto del proyecto de artículo 7, la inmunidad no se aplicará respecto de los siguientes crímenes de Derecho Internacional, a saber: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra;

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ En su 3378ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la CDI aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 en votación registrada, y en sus sesiones 3387ª a 3389ª, que tuvieron lugar los días 3 y 4 de agosto de 2017, aprobó sus comentarios [CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/72/10), paras. 74, 76, 140 y 141].

y como crímenes autónomos, el crimen de *apartheid*, las desapariciones forzadas y la tortura. Por consiguiente, el párrafo primero enuncia los crímenes que, según el proyecto de artículos, serían una excepción a la inmunidad *ratione materiae*. Por su parte, el párrafo segundo se limita a definir a cada uno de los tipos delictivos mediante la técnica de la incorporación por referencia, al incluir un anexo sobre una serie de instrumentos en los que dichos crímenes se encuentran tipificados internacionalmente¹¹². Con ello, queremos señalar que tanto el Estatuto de Roma, como el Derecho Internacional general coinciden en esta materia, al entender que un acto criminal, como es la comisión de un crimen, nunca podría formar parte de las funciones estatales de estas personas por tratarse de actos “no oficiales”¹¹³.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación del párrafo primero del artículo 27, diciendo que los crímenes de su competencia quedarían excluidos de la inmunidad *ratione materiae* en razón de una excepción reconocida por el Derecho Internacional:

«The Chamber is of the view that the main aim of Article 27(1) is to align the ICC Statute with the contemporary norm of international law according to which public officials are no longer entitled to immunity for violation of international criminal law¹¹⁴.»

Desde la óptica de la Comisión, ésta ha venido a reconocer que “el párrafo 1 del artículo 27 del Estatuto de Roma parecería ser una formulación escrita del derecho consuetudinario sobre el tema”, mientras que, dice la CDI, “el párrafo 2 establece primariamente una norma convencional¹¹⁵.” En este sentido, AMBOS ha señalado que existe un acuerdo general sobre el carácter declarativo del artículo 27.1 del Derecho Internacional consuetudinario, puesto que reafirma la exclusión de cualquier tipo de inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* ante la comisión

¹¹² UN Doc. A/72/10, p. 198, para. 10.

¹¹³ Véase CDI, *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría*, 60º período de sesiones, Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008, UN Doc. A/CN.4/596, p. 134, para. 191 *et seq.* Igualmente, sobre esta cuestión puede consultarse ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, *Recueil des Cours*, Vol. 280, 1999, pp. 135-428, at pp. 223-230.

¹¹⁴ ICC, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Trial Chamber V(A), “Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial”, 18 June 2013, ICC-01/09-01/11-777, para. 66.

¹¹⁵ UN Doc. A/CN.4/596, p. 52, para. 85.

de crímenes internacionales¹¹⁶. Sobre la misma posición se manifiesta TRIFFTERER, diciendo que: “customary international law does not provide state officials with functional immunity before an international court like the ICC¹¹⁷.” Por su parte, GAETA hace hincapié nuevamente sobre el efecto declarativo del párrafo primero, al estipular que el mismo: “restates the customary rule whereby for the purposes of establishing criminal responsibility the plea of acting in an official capacity is of no avail¹¹⁸.”

2.2.1.1. *Las personas que no pueden reivindicar su cargo oficial ante la Corte Penal Internacional*

El párrafo primero del artículo 27 emplea un lenguaje original, en palabras de SCHABAS incluso “original and intriguing¹¹⁹”, prescribiendo que el Estatuto de Roma se aplicará “por igual a todos”, términos éstos que nos trasladan al ámbito de los derechos humanos, de donde son originarios¹²⁰. De hecho, si recurrimos a la sentencia introductoria del artículo 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966¹²¹, observamos que: “[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”¹²². Esta concepción preliminar se refiere, como es bien sabido, a la igualdad de todas las personas ante las cortes y tribunales, entendemos tanto nacionales como internacionales; lo cual significa, en el ámbito del Estatuto de Roma, que nadie, ninguna persona, por razón de su cargo puede eludir su responsabilidad. De esta manera, la formulación empleada

¹¹⁶ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, op. cit., p. 414.

¹¹⁷ TRIFFTERER, O. y BURCHARD, C., “Article 27. Irrelevance of official capacity”, op. cit., p. 1049, para. 16.

¹¹⁸ GAETA, P., “Official Capacity and Immunities”, op. cit., p. 990.

¹¹⁹ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 448.

¹²⁰ En efecto, el profesor SCHABAS observa que la redacción inicial de la disposición “es original e intrigante”, y además coherente con el Art. 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. *Ibid.*, pp. 447-449.

¹²¹ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 16 de diciembre de 1966, adoptados por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 [UN Doc. A/RES/2200(XXI)]. El Pacto entró en vigor el 23 de marzo de 1976 [UNTS, Vol. 999, No. 14668, p. 241].

¹²² *Ibid.*

“por igual a todos sin distinción alguna” es una de las manifestaciones más claras que encontramos en el Estatuto y que hace una radiografía de la idea para la que había nacido la Corte: “a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”¹²³.

De los términos del párrafo primero queda en evidencia que los redactores quisieron dejar lo más claro posible cuáles son esas personas que nunca podrían invocar su cargo oficial en un proceso ante la Corte. En cambio, el artículo 7 del Estatuto de Tribunal de Núremberg reduce la nominación a los Jefes de Estado o funcionarios a cargo de Departamentos del Gobierno, solamente¹²⁴. Basándonos escrupulosamente en el sentido de sus palabras, resulta que las expresiones “por igual a todos” y “el cargo oficial de una persona” sirven de soporte para admitir que el nombramiento *eo nomine* de los más altos cargos de un Estado se realiza a efectos meramente ejemplificativos. Dicho de otra manera, nos encontramos ante una enumeración de carácter abierto (*numerus apertus*), puesto que se trata de las posiciones más representativas de la soberanía de un Estado, y que pueden ser el origen de situaciones conflictivas al negarse la inmunidad de jurisdicción a todos sus titulares. De ahí que, la idea de una lista cerrada (*numerus clausus*) decae por su propio peso.

En cuanto a las modalidades o tipos de cargo, el párrafo primero enumera una serie de categorías de funcionarios del Estado, tales como: el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno, un miembro del Gobierno o del Parlamento, representante elegido o funcionario gubernamental. La referencia expresa a todas estas figuras se hace, entendemos, empezando por el que más poderes tiene descendiendo en la estructura orgánica del Estado. Es decir, el párrafo primero menciona *eo nomine* a los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno, con el fin de que, si incluso los más altos cargos de un Estado no pueden invocar su carácter oficial para impedir a la Corte llevar a cabo sus actuaciones judiciales, menos aún podrían hacerlo aquellos otros funcionarios que se encuentran subordinados en la escala jerárquica. Ahora bien, se trata de dos posiciones que, dependiendo del ordenamiento constitucional del

¹²³ Preámbulo del Estatuto de Roma, considerando 5°.

¹²⁴ IMT, *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, UNTS, Vol. 82, No. 251, p. 288.

Estado, sus funciones podrían ser asumidas por dos titulares separadamente, o bien podrán ser ejercidas por una misma persona, como sucede, por ejemplo, con el Presidente de los Estados Unidos de América o el Presidente de la República francesa. Evidentemente, se trata de una cuestión por completo ajena al Estatuto y al Derecho Internacional general.

Con independencia de las circunstancias de cada caso, de lo sí se ocupará el Derecho Internacional general es de asegurar que tanto el Jefe del Estado como el Jefe del Gobierno disfruten de inmunidad de jurisdicción por su condición en el ámbito de las relaciones internacionales. Se trata, en efecto, de una inmunidad que deriva primariamente del Derecho Internacional consuetudinario, aunque se entiende sin perjuicio de su reconocimiento explícito en determinados convenios internacionales, como es el caso del artículo 21 de la *Convención sobre las Misiones Especiales* de 8 de diciembre de 1969¹²⁵. En cualquier caso, el artículo 27 se aplicará por igual a todos ellos, tanto si las funciones de la Jefatura del Estado y las propias del Gobierno recaen sobre una misma persona, como si se tratase de dos titulares que de forma individual asumen tales funciones. Pues, a esta conclusión nos lleva la conjunción “o” que emplea el párrafo primero del artículo 27 del Estatuto de Roma¹²⁶.

En segundo lugar, el párrafo incluye entre tales personas a todo “miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno”. En cuanto a los miembros de un Gobierno, podemos entender que el texto abarca tanto a los vicepresidentes, como también a los ministros en general, ya que todos ellos forman parte del gabinete del Jefe del Gobierno, conocido mayoritariamente en los ordenamientos constitucionales de los Estados como Consejo de Ministros. Una vez más, se trata de una cuestión de nomenclatura que no produce ninguna incidencia sobre los efectos del artículo 27.1 del Estatuto.

¹²⁵ *Convención sobre las Misiones Especiales*, de 8 de diciembre de 1969 [UNTS, Vol. 1400, p. 297]. La Convención entró en vigor el 26 de junio de 1985. España se adhirió el 28 de mayo de 2001 [BOE, núm. 159, de 4 de julio de 2001]. La Convención entró en vigor para España el 30 de junio de 2001.

¹²⁶ Puede verse al respecto TRIFFTERER, O. y BURCHARD, C., “Article 27. Irrelevance of official capacity”, *op. cit.*, p. 1050, para. 20. En la doctrina, puede consultarse la reciente contribución de SANGER, A. y WOOD, S., “The Immunities of Members of Special Missions”, en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 452-480.

Ahora bien, ¿qué ministros exactamente debemos incluir en esta lista? Esta cuestión no es baladí; no todo miembro del Ejecutivo podrá invocar su capacidad oficial y la inmunidad de jurisdicción que conlleve su cargo, de conformidad con el Derecho Internacional consuetudinario. Esta facultad se ha reconocido tan sólo a los Ministros de Asuntos Exteriores por entenderse que representan al Estado, *ipso facto*, por el simple hecho de desempeñar estas funciones. Desde un punto de vista jurisprudencial, podemos constatar que la misma posición ha sido adoptada por la CIJ en el asunto relativo a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, en el que ésta ha considerado que los órganos del Estado beneficiarios de la inmunidad se encontraban conformados por el denominado triunvirato¹²⁷. Igualmente, la CIJ había ratificado la misma idea en el asunto relativo a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Ruanda)*, cuando destacó: “it is a well-established rule of international law that the Head of State, the Head of Government and the Minister for Foreign Affairs are deemed to represent the State merely by virtue of exercising their functions”¹²⁸. Así que, la afirmación de que estas tres personas se benefician de inmunidad no es objeto de controversia en el estado actual del Derecho Internacional, ya que en este sentido lo corrobora la práctica judicial nacional e internacional¹²⁹, en consonancia con el artículo 31.3, letra b), de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*¹³⁰.

¹²⁷ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *op. cit.*, para. 51. Igualmente, véase el asunto relativo a *Ciertas cuestiones de asistencia mutua en materia penal*: ICJ, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment of 4 June 2008, *ICJ Reports* 2008, p. 177, para. 170.

¹²⁸ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility*, Judgment of 3 February 2006, *ICJ Reports* 2006, p. 6, para. 46. En un sentido similar se ha pronunciado la Corte respecto de la capacidad del Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores de comprometer a su propio Estado mediante actos unilaterales con fuerza de compromiso internacional.

¹²⁹ «Ha de destacarse que la práctica judicial nacional, aunque limitada en cuanto a su número, es constante en declarar que los Jefes de Estado se benefician de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione personae*, bien sea en el marco de procesos que tienen como objeto la inmunidad del Jefe de Estado, bien sea como parte del razonamiento que los citados tribunales siguen para concluir la concurrencia o no de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de otros funcionarios del Estado.» Véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/68/10), pp. 56-62, at p. 63, comentario 3). En cuanto a la inmunidad de jurisdicción penal de un Jefe de Gobierno y del Ministro de Asuntos Exteriores, véanse los supuestos citados por la Comisión en su informe. *Ibid.*, en especial at pp. 66 y 67, comentario 6).

¹³⁰ Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: «b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado».

En cuanto a los miembros de un Parlamento, con respecto a este sector nos podemos encontrar con ramificaciones a distintos niveles, en función de la forma de Estado de que se trate. A partir de ello, no necesariamente debe tratarse de un Parlamento central o nacional, dado que, según la estructura orgánica del Estado, pueden existir uno o más Parlamentos; central, federal o local. Lo que se exige en cada una de estas realidades, en virtud de los estándares democráticos reflejados en la redacción de la norma¹³¹, es que el parlamentario haya sido elegido para su mandato. En realidad, ser miembro de una Asamblea representativa, lo que es en definitiva un Parlamento, requiere que haya habido un acto de votación, aunque no podemos afirmar que ésta sea una realidad en todos los sistemas políticos de todos los Estados Partes en el Estatuto de Roma. De ahí que, admitimos que, tanto los parlamentarios elegidos como los designados, entrarían dentro de la categoría de “miembro de un parlamento”.

Como acabamos de decir, el texto del párrafo primero parece exigir que el cargo del representante sea “elegido”, aunque no se subordina al mismo estándar el cargo del “funcionario de gobierno”. En consecuencia, el carácter oficial de éste puede ser alcanzado mediante elección o por designación. Así que, los redactores quisieron expresar su deseo de democratización de las asambleas representativas de los Estados, en la medida en que el cargo público del miembro parlamentario debe ser preferentemente “elegido”. Aunque entendemos que no necesariamente debe cumplirse esta condición, pues será irrelevante jurídicamente para la Corte.

En este orden de cosas, la inclusión de la lista ejemplificativa en el párrafo primero obedece al criterio de que los individuos allí mencionados se encuentran en las circunstancias típicas para abusar de su autoridad de mando, razón por la cual el inciso segundo del apartado primero les nombra para dejar muy claro que éstos no podrán invocar su cargo oficial, pero tampoco los que están por debajo. No obstante, estas personas disfrutan en el ámbito interno de sus Estados de una protección por los actos realizados y por las opiniones vertidas en el ejercicio de funciones oficiales.

¹³¹ El párrafo primero del Art. 27 habla de «representante elegido».

Desde el punto de vista de la doctrina, resultan nuevamente destacables las palabras de GAETA [“Article 27(1) provides a list that is not exhaustive but simply illustrative”¹³²] y de TRIFFTERER [“Article 27(1) is formulated openly and in a non-exhaustive manner”¹³³], para reforzar la tesis de que la lista “oficial” es meramente ejemplificativa y, por lo tanto, de carácter abierto e ilustrativo.

A esta cuestión se ha dedicado también la Sala de Apelaciones de la Corte, en el momento de pronunciarse sobre los criterios relacionados con el umbral de gravedad, con arreglo al artículo 17.1, letra d), afirmando que el Estatuto de Roma no se limita solamente a los más altos mandatarios (*most senior leaders*)¹³⁴ como presuntos sospechosos de ser los “más responsables” de la comisión de crímenes. Pues, el Estatuto no recurre al empleo de expresiones como “the most serious perpetrators”¹³⁵, con lo que la Sala confirma que: “[h]ad the drafters of the Statute intended to limit its application to only the most senior leaders suspected of being most responsible they could have done so expressly”¹³⁶. Además, la misma idea de que el Estatuto se aplica por igual a todos queda reafirmada por la frase inicial del párrafo primero del artículo 27. Un ejemplo de enjuiciamiento de una persona que integra el *top leadership* de un Estado fue la causa relativa a *Slobodan Milošević* como ex Jefe de Estado de la antigua República Federativa de Yugoslavia¹³⁷.

A modo de reflexión, cuando el TESL rechazaba la inmunidad personal de *Charles Taylor* en la *Decisión sobre la Inmunidad de Jurisdicción*¹³⁸ para justificar su competencia en el asunto, lo hacía refiriéndose a la irrelevancia de su cargo oficial como Jefe de Estado de Sierra Leona, permaneciendo en activo en aquel entonces.

¹³² GAETA, P., “Official Capacity and Immunities”, *op. cit.*, p. 990.

¹³³ TRIFFTERER, O. y BURCHARD, C., “Article 27. Irrelevance of official capacity”, *op. cit.*, p. 1049, para. 18 y p. 1050, para. 19.

¹³⁴ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Appeals Chamber, “Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58””, 13 July 2006, ICC-01/04-169, paras. 73-79, at para. 78.

¹³⁵ *Ibid.*, para. 79.

¹³⁶ *Ibid.*, para. 35: «This article [27] would be superfluous and in fact contradictory to the Statute if the compass of the jurisdiction of the Court was confined to crimes committed by the top leadership of the State or organization that plan them.»

¹³⁷ ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Trial Chamber, “Decision on Preliminary Motions”, Decision of 8 November 2001 (Case No. IT-02-54), paras. 26-34.

¹³⁸ SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Appeals Chamber, “Decision on Immunity from Jurisdiction”, Decision of 31 May 2004 (Case No. SCSL-2003-01-I), paras. 50-54, en especial at para. 53.

Aunque, en realidad, el artículo 6.2 del Estatuto del Tribunal¹³⁹ no se pronunciaba en términos de inmunidad jurisdiccional, sino en términos de improcedencia del cargo oficial del Jefe de Estado.

Finalmente, y aunque nada dice el párrafo primero a este particular, existe una opinión generalmente aceptada en la doctrina acerca de la inclusión en dicho precepto del personal funcionario al servicio de una Organización internacional intergubernamental¹⁴⁰. La referencia normativa “a todos” ha sido interpretada por los estudiosos en la materia como incluyente de los miembros que integran una Organización internacional. Por tanto, siempre que mencionemos el artículo 27.1, debemos tener en cuenta que sus términos comprenden también a este colectivo. En palabras de GAETA, el artículo 27.1, cuando dispone que el cargo oficial de una persona será irrelevante para determinar su responsabilidad penal con respecto al enjuiciamiento de los crímenes mencionados en el artículo 5 del Estatuto de Roma, “provides a list that is not exhaustive but simply illustrative”¹⁴¹. La misma idea viene a sostener en sus comentarios al artículo 27 TRIFFTERER, cuando afirma: “article 27(1) is addressed not only to state officials, but also *inter alia* to members of international organizations”¹⁴². Esto último se traduce en la práctica en que un funcionario internacional, aun cuando tiene derecho a inmunidad de jurisdicción por los actos realizados a título oficial, no podría hacer valer tal prerrogativa ante la Corte, porque el párrafo primero del artículo 27 emplea un lenguaje inclusivo, según el cual estos individuos quedan comprendidos en su ámbito de aplicación personal. Sumado a lo anterior, SCHABAS manifiesta que el artículo 27.1 se aplica incluso a los funcionarios —ahora podemos decir nacionales e internacionales— que ejercen una autoridad *de facto* (“those who hold *de facto* authority”¹⁴³).

¹³⁹ El Art. 6.2 del Estatuto del TESL: «The official position of any accused persons, whether as Head of State or Government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment.»

¹⁴⁰ GAETA, P., “Official Capacity and Immunities”, *op. cit.*, p. 991.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 990.

¹⁴² TRIFFTERER, O. y BURCHARD, C., “Article 27. Irrelevance of official capacity”, *op. cit.*, p. 1049, para. 18.

¹⁴³ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, p. 448. En este mismo sentido, ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, Trial Chamber, “Decision on the Bosnian Serb Leadership Deferral Proposal”, Decision of 16 May 1995 (Case No. IT-95-5-D), para. 24.

2.2.1.2. *La consideración del cargo oficial como posible circunstancia modificativa de la responsabilidad penal*

La última cuestión que nos queda por ver antes de continuar con el párrafo segundo del artículo 27, es la dicción final de que el cargo oficial de una persona “en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.” De la nitidez de estas palabras, se desprende que el carácter oficial de una persona queda absolutamente descartado como una excepción a su responsabilidad penal, en el sentido de que no puede servir como circunstancia modificativa de tal responsabilidad ante la Corte, ni tampoco como pretexto de una atenuante o eximente. En definitiva, lo que el párrafo primero del artículo 27 quiere decir es que, los actos realizados a título oficial por alguna de las personas antes señaladas no pueden servir de fundamento para invocar su inmunidad de jurisdicción funcional o material, lo que nos permite concluir que esa disposición se refiere efectivamente a la improcedencia de la inmunidad *ratione materiae* como destaca GAETA, sin perjuicio de que tal inmunidad se haya concedido con arreglo al derecho interno o al Derecho Internacional¹⁴⁴.

Por tanto, cualquiera que fuese el cargo oficial de una persona, dicho cargo nunca comportará un tratamiento atenuante de las acciones criminales y punibles con arreglo al Estatuto de Roma, que pudiera haber cometido presuntamente el titular de ese cargo. Esta circunstancia no modificará la responsabilidad penal del individuo. Aunque, tampoco podrá atenuar o disminuir la pena que se impondrá a dicha persona por tales actos. Lejos de esta reivindicación, en la práctica sucede todo lo contrario; el carácter oficial es tomado en consideración en el momento de determinar la responsabilidad y fijar la pena como una auténtica circunstancia agravante.

Sobre esta consideración, fiel reflejo de la agravación de la responsabilidad penal por razón del carácter oficial, es la referencia que encontramos en la Regla 145.2 b) ii) de las *Reglas de Procedimiento y Prueba* sobre el particular, según la cual,

¹⁴⁴ GAETA, P., “Official Capacity and Immunities”, *op. cit.*, p. 978.

la Corte, al imponer una pena tendrá en cuenta, como circunstancia agravante, el abuso de poder o del cargo oficial¹⁴⁵. Pues, los graves crímenes de la competencia de la Corte son cometidos, mayoritariamente, por las personas que, participando directa o indirectamente de su condición oficial, se encuentran en las condiciones ideales para cometer algunos de estos crímenes. En este contexto se encuentran, por ejemplo, el jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, de manera que los crímenes de la competencia material de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo serán penalmente responsables¹⁴⁶.

Esta afirmación es consistente con la mayoría de los instrumentos jurídicos que ya hemos mencionado, salvo la referencia ambigua que hacía sobre la fijación de la pena el Estatuto del TMILO, basándose en la condición oficial del cargo para aminorar la sanción punitiva¹⁴⁷. El Estatuto de Roma rechaza de plano semejante posibilidad, mientras que el TPIR ha llegado a considerar el cargo oficial incluso como circunstancia agravante de la responsabilidad¹⁴⁸. Como indicaba la CDI en sus comentarios sobre el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, podemos reafirmar este planteamiento del carácter oficial como agravante en el siguiente pasaje: “[e]l funcionario público que proyecte, instigue, autorice u ordene estos crímenes no sólo proporciona los medios y el personal requerido para cometerlos, sino que además abusa de la autoridad y el poder que le han sido conferidos”¹⁴⁹. Recordemos asimismo que la Sala de Primera Instancia

¹⁴⁵ Véase la Regla 145, párrafo 2, letra b), de las Reglas de Procedimiento y Prueba, ICC-ASP/1/3.

¹⁴⁶ Véase en este sentido el Art. 28 del Estatuto de Roma.

¹⁴⁷ El Art. 6 del Estatuto decía que: «Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, **but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.**» Véase IMTFE, *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, 19 January 1946, UN Doc. Acts Series 1589. La negrita es nuestra.

¹⁴⁸ El TPIR ha considerado el cargo oficial como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal en el asunto del *Fiscal v. Jean Kambanda*, en lugar de atenuar la pena. Véase ICTR, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Judgement and Sentence of 4 September 1998 (Case No. ICTR-97-23-S), para. 44: «The crimes were committed during the time when Jean Kambanda was Prime Minister and he and his government were responsible for maintenance of peace and security. Jean Kambanda *abused his authority* and the trust of the civilian population. He personally participated in the genocide by distributing arms, making incendiary speeches and presiding over cabinet and other meetings where the massacres were planned and discussed. He failed to take necessary and reasonable measures to prevent his subordinates from committing crimes against the population. *Abuse of positions of authority or trust is generally considered an aggravating factor.*» La cursiva es nuestra.

¹⁴⁹ UN Doc. A/51/10, p. 29, para. 1.

del TPIY describía el principio de improcedencia del cargo oficial como una regla de Derecho Internacional consuetudinario¹⁵⁰. Este carácter de la regla nos permite afirmar que se trata de un principio aceptado en la práctica de las jurisdicciones penales internacionales, incluida la jurisdicción de la CPI.

En definitiva, quien, en el momento de incurrir en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, será penalmente responsable a título individual, y no podrá invocar eximente alguna fundada en su condición oficial.

2.2.2. *El significado corriente del párrafo segundo del artículo 27: la renuncia a la inmunidad jurisdiccional como principio rector en el Estatuto de Roma y como norma convencional*

Por lo que se refiere al párrafo segundo del artículo 27, ya hemos afirmado que la norma no tiene precedentes en ninguno de los instrumentos constitutivos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y tribunales internacionalizados, lo que nos permite incidir sobre el carácter revolucionario del Estatuto de Roma, en materia de inmunidades jurisdiccionales. En realidad, el párrafo segundo nos traslada en una dimensión nueva para los ius-internacionalistas, ya que se separa visiblemente del régimen general de inmunidades que encontramos en el ámbito del Derecho Internacional consuetudinario. De ahí que, procede decir que se trata de un principio rector que impregna el marco estatutario y que nunca antes había sido codificado como una norma convencional, como una verdadera desviación del Derecho Internacional general¹⁵¹.

Del sentido corriente de sus términos, la redacción de la norma no deja a la imaginación su referencia a la inmunidad *ratione personae* de los titulares de los cargos públicos que hemos estudiado en el párrafo primero. Por tanto, desde esta

¹⁵⁰ Vid. ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Trial Chamber, “Decision on Preliminary Motions”, Decision of 8 November 2001 (Case No. IT-02-54), paras. 26-34, en especial el párrafo 28 señalaba: «There is absolutely no basis for challenging the validity of Article 7, paragraph 2, which at this time reflects a rule of customary international law.»

¹⁵¹ Véase en este mismo sentido NOUWEN, S. y ALBANESE, M., “Arresting Bashir: How the ICC has Violated its Own Statute”, *African Arguments*, 10 March 2009 [Recurso electrónico].

perspectiva, podemos decir que el párrafo segundo complementa al primero, en tanto que cierra el espectro de prerrogativas procesales que eventualmente puede invocar una persona con base en su condición oficial¹⁵².

Como acabamos de decir, la introducción del párrafo segundo del artículo 27 en el texto del Estatuto de Roma es una novedad respecto de los instrumentos predecesores que sólo se referían a la improcedencia del cargo oficial. En palabras de CASSESE sobre este apartado, el autor dice que: “the only treaty that explicitly excludes the right to rely upon personal immunities is the ICC Statute”¹⁵³. En efecto, el Estatuto contiene una norma convencional, porque así lo acordaron los Estados negociadores durante la Conferencia de Roma, destinada a desposeer a determinadas personas de sus inmunidades procesales, que, por otra parte, se les han concedido por la posición que ocupan en las relaciones internacionales *entre Estados*.

De ahí que, podemos afirmar que este párrafo segundo equivale en teoría a una *renuncia expresa* por los Estados Partes de la inmunidad de jurisdicción de sus propios nacionales, y particularmente en lo que atañe a sus más altos cargos, que son los que disfrutarán esas inmunidades. Por consiguiente, procede señalar que el artículo 27.2 sigue un criterio divergente en esta materia, configurándose el régimen estipulado en él como una autentica excepción a la regla general de la inmunidad. En efecto, no podemos olvidar que el Derecho Internacional reconoce una amplia inmunidad de jurisdicción *ratione personae* en beneficio de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, eso sí, sólo ante los *tribunales nacionales extranjeros*.

¹⁵² Sobre la cuestión de la inmunidad *ratione personae* de los Jefes de Estado pueden consultarse, entre otros: CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Madrid: Iustel, 2007, pp. 31 y ss.; DECAUX, E., “Le statut du Chef d’État déchu”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 26, No. 1, 1980, pp. 101-139; FOAKES, J., *The position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 256; HOSSEIN, M.K. et al., *Immunity of Heads of State and its Effects on the Context of International Criminal Law*, Saarbrücken: Lambert Academic Publishing, 2012, p. 276; STERN, B., “Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?”, en LATTIMER, M. y SANDS, P., *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. 73 y ss.; WATTS, A., “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, *op. cit.*, pp. 9-130.

¹⁵³ CASSESE, A., *International Criminal Law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 302-314, at p. 311.

El párrafo segundo del artículo 27 se refiere, por tanto, a las inmunidades jurisdiccionales que existen en virtud del Derecho Internacional consuetudinario, o que puedan reconocerse de conformidad con el derecho interno de los Estados para asegurar el ejercicio continuo, libre e ininterrumpido de las funciones que conlleve el cargo oficial de una persona merecida de protección. Ahora bien, estas inmunidades no existen en el ámbito del Estatuto, lo cual significa que no pueden impedir ni obstaculizar que la Corte ejerza su competencia personal contra dichas personas, especialmente cuando se trate de un Jefe de Estado que permanece en el cargo en el momento de sustanciarse la investigación o el enjuiciamiento contra él. Es, en este instante, cuando cobra importancia la excepción a la inmunidad de jurisdicción penal por la comisión de crímenes internacionales con respecto a la jurisdicción de la Corte. Por lo tanto, entendemos que sería correcto advertir que, si el Estatuto de Roma priva a dichas personas internacionalmente protegidas de su inmunidad de jurisdicción, tanto funcional como personal, es porque hay una norma, cuya función es revertir esta situación.

Al mismo tiempo, la CIJ había señalado en su Sentencia relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* que, sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal ante los tribunales nacionales de un Estado extranjero, existe la posibilidad de que un Ministro de Asuntos Exteriores, y, *a fortiori*, un Jefe de Estado y un Jefe de Gobierno, puedan ser sometidos a un procedimiento judicial, con el fin de ser juzgados por sus conductas típicas: “an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before *certain international criminal courts*, where they have jurisdiction”¹⁵⁴. De esta manera, la CIJ dio a entender que la inmunidad que estaba defendiendo entre los Estados *inter se*, no se aplicaría en el marco de los procedimientos ante los tribunales penales internacionales, dando como ejemplos y citando expresamente la CPI, el TPIY y el TPIR. En este sentido, no se podría invocar la inmunidad personal del funcionario, ni siquiera ante los tribunales nacionales extranjeros de un Estado, por los crímenes que haya podido cometer antes o después de su mandato, ni por los actos típicos que hayan podido

¹⁵⁴ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *op. cit.*, para. 61. Énfasis añadido.

realizar durante el período de dicho mandato a título privado o en su capacidad privada¹⁵⁵.

De acuerdo con el pronunciamiento anterior, parece que la CIJ supeditaba el procesamiento ante un tribunal internacional a que la instancia jurisdiccional de que se tratara tenga competencia para sustanciar la causa criminal, esto es, que sea competente desde el punto de vista material y personal. Además, esto lo hacía con referencia expresa, tanto a los titulares, como a los ex titulares de tales cargos. Con todo ello, el procedimiento ante una jurisdicción penal internacional podría calificarse como el “arquetipo de procedimiento judicial” en el cual un individuo no podría alegar una excepción procesal o una inmunidad de fondo fundada en su carácter oficial para evitar el enjuiciamiento y la pena¹⁵⁶. Como decía OLÁSOLO ALONSO respecto de la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, ante la constatada impunidad de la que disfrutaban los máximos responsables de un Estado, resulta que “los tribunales internacionales penales y los tribunales híbridos aparecen como la principal, sino la única, instancia operativa para su procesamiento”¹⁵⁷.

Pues bien, aun cuando la CIJ asocia el régimen contenido en el Estatuto de Roma con el contemplado en los estatutos del TPIY y el TPIR, éstos no contienen disposición alguna equivalente o equiparable a la del artículo 27.2. En la medida en que no está prevista la excepción a la inmunidad de jurisdicción de un Jefe de Estado ante los Tribunales *ad hoc*, para justificar dicha excepción resulta necesario hacerlo buscando el fundamento en la naturaleza jurídica de las resoluciones del Consejo de Seguridad, que fue realmente como se crearon ambos Tribunales. Esto supone una de las grandes diferencias con respecto al Estatuto de Roma, donde es el propio tratado internacional el que excepciona la inmunidad de jurisdicción,

¹⁵⁵ DECAUX, E., “Le statut du Chef d’État déchu”, *op. cit.*, p. 101.

¹⁵⁶ Véase CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II, Segunda Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.I(Part 2), p. 30, para. 6, nota a pie de página n° 69.

¹⁵⁷ OLÁSOLO ALONSO, H., “La inmunidad de jurisdicción penal ante tribunales nacionales extranjeros y tribunales internacionales de los jefes de estado, jefes de gobierno y ministros de asuntos exteriores: *un caballo de batalla* para la aplicación del derecho internacional penal a los máximos responsables”, *op. cit.*, p. 197.

lo cual significa que esta renuncia expresa será oponible, en principio, solamente a los Estados que han ratificado el instrumento y consentido semejante excepción.

En virtud de lo anterior, podemos concluir que el artículo 27.2 supone una derogación o excepción convencional al régimen general de inmunidades *ratione personae* de las que se benefician los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores con arreglo al Derecho Internacional consuetudinario. En este sentido lo entienden LIROLA DELGADO y MARTÍN MARTÍNEZ, cuando afirman lo siguiente: “una interpretación integradora de ambos preceptos [del artículo 27 y 98] pasa a nuestro juicio por considerar que el Estatuto no pretende modificar las normas consuetudinarias o convencionales relativas a las inmunidades, sino tan sólo desactivar sus efectos en el caso de que la Corte se considere competente para enjuiciar una causa determinada”¹⁵⁸.

Hay que decir que suscribimos esta posición doctrinal porque entendemos que el artículo 27.2 del Estatuto no pretende, efectivamente, alterar o modificar las reglas relativas a las inmunidades jurisdiccionales reconocidas por el Derecho Internacional consuetudinario a aquel triunvirato. Pero, además entendemos que esta norma no puede considerarse como una práctica generalizada por el número de ratificaciones del Estatuto que diera eventualmente lugar a la cristalización de una costumbre internacional. Más concretamente, el artículo 27.2 no es el reflejo de una nueva norma consuetudinaria oponible *erga omnes* a todos los Estados de la Comunidad internacional, mediante la cual se revoca la inmunidad de sus Jefes de Estado, que les asiste en su condición de más altos representantes. Si esto llega a suceder en la actualidad, se debe al hecho de que el Estado de su nacionalidad ha decidido libre y soberanamente privarles de esta inmunidad al haber aceptado el Estatuto de Roma. Recordemos que el Estado sigue siendo el titular del derecho a la inmunidad que el Derecho Internacional reconoce a sus altos representantes, aunque sea éstos los beneficiarios reales. Por tanto, sólo el Estado está legitimado para renunciar al privilegio de la inmunidad de sus propios funcionarios.

¹⁵⁸ LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, pp. 270 y ss., en especial at p. 272.

Nuestro razonamiento para rechazar la virtualidad de que el artículo 27.2 pueda cristalizar en una costumbre internacional se fundamenta en la naturaleza jurídica de las inmunidades. Como ya ha quedado de manifiesto en este capítulo, la inmunidad de jurisdicción es un obstáculo de carácter eminentemente procesal y, consecuentemente, la reiteración de ninguna norma de procedimiento podría generar una práctica constante y uniforme, sin desconocer la aspiración universal del Estatuto de Roma y el número significativo de Estados que forman parte del mismo. Reconociendo la importancia de esta cuestión, nos remitimos a la misma en el epígrafe siguiente.

En este orden de consideraciones, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI tuvo la oportunidad de afirmar que el efecto del párrafo segundo del artículo 27 del Estatuto, en el sentido en el que acaba de describirse, se proyecta sobre los Estados Partes en una relación bidireccional: verticalmente, afectando la relación entre un Estado para con la Corte; horizontalmente, condicionando las relaciones interestatales, aquellas que se producen entre los Estados *inter se* en el marco del Estatuto¹⁵⁹.

Con respecto a la **relación vertical**, ésta se refiere a que un Estado Parte no podrá invocar ningún tipo de inmunidad que conlleve el cargo oficial de alguno de sus representantes, tales como el Jefe de Estado o el Jefe de Gobierno, inclusive el Ministro de Asuntos Exteriores, aunque ordinariamente dichas personas gozan de inmunidad *ratione personae* fuera del Estatuto de Roma. Ahora bien, dentro del Estatuto, las inmunidades son absolutamente irrelevantes para la jurisdicción de la Corte. En otras palabras, un Estado Parte tendría el deber de detener y entregar a ésta incluso a su propio Jefe de Estado, si se llegase a formular una solicitud de asistencia judicial en el marco del Estatuto¹⁶⁰. De las palabras de la Corte resulta que, “[b]y ratifying the Statute, States Parties have in fact accepted the irrelevance

¹⁵⁹ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir”, 6 July 2017, ICC-02/05-01/09-302, para. 76. Sobre esta Decisión, véase DU PLESSIS, M., “Prosecutor v. Al-Bashir: Decision Under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by South Africa with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir (Int’l Crim. Ct.)”, *International Legal Materials*, Vol. 56, No. 6, 2017, pp. 1061-1090.

¹⁶⁰ *Ibid.*, ICC-02/05-01/09-302, para. 77.

of immunities based on official capacity, including those that they may otherwise possess under international law”¹⁶¹. Por tanto, a partir del momento en que se ha hecho Parte en el Estatuto, un Estado no puede invocar las inmunidades basadas en el cargo oficial de sus funcionarios porque iría en contra de sus propios actos.

Por lo que concierne la **relación horizontal**, cabe decir que el mismo efecto se produce entre los Estados Partes. La horizontalidad se corresponde a la eficacia *inter partes* del Estatuto entre los Estados, lo cual significa que un Estado Parte no puede rechazar la detención y entrega de una persona bajo el pretexto de que ese individuo disfruta de inmunidades por razón de su capacidad institucional como representante de otro Estado Parte. Nuevamente, la Corte ha señalado que: “just as States Parties cannot invoke their “own” immunities based on official capacity to refuse to cooperate with the Court, they cannot invoke those same immunities when cooperation in the arrest and surrender of a person is provided by another State Party. This is the effect *inter partes* of the Statute, an international treaty”¹⁶².

En definitiva, suscribimos el *dictum* de la Sala de Cuestiones Preliminares, en el sentido de manifestar que la irrelevancia de las inmunidades de jurisdicción fundadas en la capacidad oficial de una persona, con respecto a procesos abiertos ante la Corte, se incorpora al Estatuto de Roma como un **principio básico** al que están obligados todos los Estados Partes por el simple hecho de haber ratificado de forma voluntaria este instrumento¹⁶³. El régimen aplicable a los Estados Partes es el contenido en el artículo 27.2, pues cualquier posible inmunidad que pudiera existir ordinariamente se entiende inaplicable frente a la Corte por el hecho de la ratificación del Estatuto de Roma. Por tanto, en sus relaciones, los Estados Partes nunca podrán invocar la aplicación del artículo 98.1, ya que se trata de una norma prevista respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega por parte de un “tercer Estado”¹⁶⁴.

¹⁶¹ *Ibid.*, ICC-02/05-01/09-302, para. 78.

¹⁶² *Ibid.*, ICC-02/05-01/09-302, para. 79.

¹⁶³ *Ibid.*, ICC-02/05-01/09-302, para. 80.

¹⁶⁴ Puede verse sobre esta cuestión, KRESS, C. y PROST, K., “Article 98. Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 2117-2146.

De hecho, sobre este tema, el profesor BASSIOUNI, quien presidió el Comité de Redacción en la Conferencia de Roma, ha manifestado que el artículo 98.1 y el artículo 27 deberían de haberse integrado en un mismo precepto estatutario para evitar posibles problemas de interpretación¹⁶⁵. Aunque, a falta de una regulación conjunta, tampoco podemos decir que se aprecia una relación incongruente o que existe una incompatibilidad entre las dos disposiciones. Puesto que, el artículo 27 regula el ejercicio de la competencia con respecto a la inmunidad de jurisdicción, mientras que el artículo 98.1 se refiere tan sólo a las obligaciones de cooperación con respecto a esa inmunidad. En definitiva, se trata de dos normas diferenciadas y, como decimos, vienen a cumplir funciones también distintas. En la opinión de AKANDE sobre esta relación, podemos quedarnos con la siguiente idea:

«[W]hile Article 27 provides that a state official's possession of international immunity shall not bar the ICC from exercising jurisdiction, Article 98 directs the Court not to take action that would result in the violation by *states* of their international obligations to accord immunity to foreign officials¹⁶⁶.»

Por último, podemos darnos cuenta de que el verdadero problema no se plantea en torno a la terminología del artículo 27.2, sino en torno a los efectos que produce dicho precepto con respecto a los Estados que no son Parte en el Estatuto de Roma. Es evidente, como también dictamina la Corte, que el régimen jurídico del artículo 27.2 sólo se aplica a los Estados que han consentido tal regulación¹⁶⁷. A simple vista, esto puede significar que la Corte, en principio, no podrá requerir la cooperación de un Estado Parte para detener y entregar al Jefe de Estado de un Estado tercero, que permanece al margen del sistema estatutario. Por la afección de los intereses soberanos de los Estados no Partes en estas circunstancias, ahora procedemos a abordar esta cuestión de forma separada.

¹⁶⁵ BASSIOUNI, M.C., "International Criminal Justice in Historical Perspective", en *The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis, and Integrated Text*, Leiden: Brill-Nijhoff, Vol. I, 2005, pp. 84 y ss.

¹⁶⁶ AKANDE, D., "International Law Immunities and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 3, 2004, pp. 407-433, en especial at p. 420; BROOMHALL, B., *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 139-141.

¹⁶⁷ *Ibid.*, ICC-02/05-01/09-302, para. 82.

2.3. El artículo 27.2 del Estatuto de Roma como expresión del Derecho Internacional consuetudinario

Una de las cuestiones más espinosas es, sin lugar a dudas, la que se refiere a la creciente afirmación de que la regulación del párrafo segundo del artículo 27 es una reafirmación del Derecho Internacional consuetudinario. Como se ha visto anteriormente, la finalidad del artículo es señalar la ausencia de toda inmunidad personal que conlleve el cargo del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores con arreglo al Derecho Internacional¹⁶⁸. Por lo tanto, ahora corresponde decidir si la norma es declarativa de una excepción consuetudinaria.

¿Se ha convertido la improcedencia de la inmunidad ratione personae ante una jurisdicción penal internacional en una regla de Derecho Internacional consuetudinario? Según lo que acabamos de sostener en las líneas anteriores, la improcedencia o la inaplicación de la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores, así como de otros altos cargos, se produce sobre la base de un precepto de Derecho Internacional convencional. Se trata, como ya sabemos, del artículo 27.2 del Estatuto de Roma. De esta forma, la cuestión principal a considerar en este epígrafe, que ha ocupado la atención de parte de la doctrina, consiste en determinar si esta práctica de no reconocimiento de la inmunidad personal ante una jurisdicción internacional podría considerarse a día de hoy como una práctica constante y uniforme, de obligado cumplimiento para los Estados de la Comunidad internacional. En síntesis, si estamos ante una excepción consuetudinaria a la inmunidad procesal o si, por el contrario, se trata tan sólo de una norma autónoma y convencional.

La presente cuestión constituye, sin duda alguna, uno de los aspectos más problemáticos a la hora de abordar al estudio del artículo 27.2 del Estatuto, sobre todo cuando lo que está en juego sea la inmunidad personal de un Jefe de Estado o un Jefe de Gobierno de un Estado no Parte. Esta cuestión tiene una implicación teórica, aunque también tiene una importante dimensión práctica. En realidad, si

¹⁶⁸ La cuestión relativa a las inmunidades y las normas de procedimiento especiales “con arreglo al derecho interno” la dejamos para más adelante. En concreto, puede consultarse el epígrafe 2.4.

nos posicionamos en el sentido de considerar que el párrafo segundo del artículo 27 es declarativo o expresivo de una norma consuetudinaria, ello significa que en virtud de esa norma dichas personas no gozan más de inmunidad personal frente a la CPI, inclusive cualquier otro tribunal penal internacional *pro futuro*. Aunque, si rechazamos la pretendida naturaleza consuetudinaria de la norma, entonces la inmunidad de jurisdicción de un Jefe de Estado de un Estado tercero debe quedar garantizada incluso frente a la Corte.

En opinión de TRIFFTERER, una cosa es afirmar el carácter consuetudinario del párrafo primero del artículo 27, ya que existe un consenso generalizado acerca de la improcedencia de la inmunidad *ratione materiae* por la comisión de crímenes internacionales, en cuyo caso el funcionario no puede escudarse en la soberanía del Estado y evitar su responsabilidad penal individual. Por el contrario, cuando estamos ante la inmunidad *ratione personae* y su excepción por el artículo 27.2 del Estatuto, es mucho más complicado inclinarnos por su carácter consuetudinario. En palabras del autor, la cuestión sobre la naturaleza consuetudinaria del artículo 27.2 sólo tiene relevancia si se produce alguno de los escenarios del artículo 12.2 del Estatuto de Roma. Para nosotros, esta cuestión tendría sentido cuando se trate de la comisión de crímenes en el territorio de un Estado Parte por las personas a las que se refiere el apartado primero del artículo 27, nacionales de un Estado no Parte. En concreto, este debate adquiere una dimensión material en el supuesto que plantea el artículo 12.2, letra a), cuando, sin una remisión explícita del Consejo de Seguridad, la Corte decide investigar y, en su caso, enjuiciar a una persona que: i) disfruta de inmunidad con arreglo al Derecho Internacional, ii) ha cometido el crimen de que se trate en el territorio de un Estado Parte, iii) con la particularidad de que es nacional de un Estado no Parte que nunca se ha obligado por el Estatuto de Roma¹⁶⁹.

A modo de introducción, cabe señalar que las inmunidades de jurisdicción no desaparecen, *ipso facto*, porque el tribunal sea “internacional”¹⁷⁰. Además, una

¹⁶⁹ TRIFFTERER, O. y BURCHARD, C., “Article 27. Irrelevance of official capacity”, *op. cit.*, p. 1052, para. 23, p. 1053, para. 25. Volveremos sobre esta cuestión, en particular, en el Capítulo III, *infra*, cuando veamos el criterio de territorialidad de la jurisdicción de la Corte.

¹⁷⁰ AKANDE, D., “International Law Immunities and the International Criminal Court”, *op. cit.*, pp. 416-417. Sobre la jurisprudencia del TPIY, véanse: ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Appeals

cosa es defender la improcedencia del carácter oficial del autor de un crimen para atribuirle responsabilidad penal por el hecho cometido, cuestión ésta sobre la que sí hay una aceptación generalizada; y, según acabamos de afirmar, otra cosa muy distinta es privar al Jefe de Estado de un Estado no Parte de su inmunidad cuando sus conductas son enjuiciadas por un tribunal penal internacional. Sobre todo, si en este último caso se invoca, infundadamente, la naturaleza consuetudinaria de tal “excepción”. Como hace la distinción AKANDE, “say that official capacity does not exclude criminal responsibility is not necessarily to say that the person may not be immune from the jurisdiction of particular tribunals”¹⁷¹.

Para empezar, en lo relativo a la primera pregunta, de si estamos ante una verdadera excepción consuetudinaria al principio de inmunidad, lo cierto es que, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, han manifestado un alto grado de aceptación sobre la naturaleza consuetudinaria de la excepción al principio de inmunidad personal y funcional¹⁷². Con frecuencia se afirma que, si bien el objetivo de la inmunidad es proteger a los representantes de un Estado de las intromisiones externas de otro Estado, la actuación imparcial e independiente de un tribunal internacional no afectará la igualdad soberana de los Estados, siendo éste el fundamento último de la inmunidad de jurisdicción¹⁷³.

Chamber, “Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997”, Judgement of 29 October 1997 (Case No. IT-95-14-AR108bis), para. 41; *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Chamber, “Decision on the objection of the Republic of Croatia to the issuance of *subpoenae duces tecum*”, Decision of 18 July 1997 (Case No. IT-95-14-PT), entre otros, el párrafo 79.

¹⁷¹ AKANDE, D., “ICC Issues Detailed Decision on Bashir’s Immunity (...At long Last...) But Gets the Law Wrong”, *EJIL: Talk!*, 5 December 2011. Énfasis añadido.

¹⁷² En cuanto a la doctrina, pueden verse: CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2008, pp. 311-312; GAETA, P., “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 2, 2009, pp. 315-332, at pp. 320 y ss.

¹⁷³ A este respecto, CASSESE afirma lo siguiente: «This danger of abuse does not arise instead with regard to international criminal courts and tribunals, which are totally independent of states and subject to strict rules of impartiality.» *Ibid.*, p. 312. Igualmente, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundation and General Part*, op. cit., p. 415; CRYER, R. et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 2ª ed. rev., 2011, p. 551; OLÁSULO ALONSO, H., MARTÍNEZ VARGAS, J.R. y RODRÍGUEZ POLANÍA, A.M., “La Inmunidad de Jurisdicción Penal por Crímenes Internacionales de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores”, op. cit., p. 271. En efecto, para estos autores, como el objeto de la inmunidad es evitar cualquier tipo de interferencias al ejercicio de las funciones oficiales de los representantes de un Estado, esta preocupación no tiene cabida ante una jurisdicción penal internacional.

La posición doctrinal que defiende la existencia de una excepción general a la inmunidad del Jefe de Estado en los procesos ante tribunales internacionales, ha sido acogida por autores como CASSESE y GAETA, quienes afirman que estamos ante una excepción consuetudinaria a la inmunidad jurisdiccional de los Jefes de Estado en activo, comprendiendo la inmunidad personal, así como la inmunidad funcional, con tal de que sean sometidos a la acción judicial de un tribunal penal internacional¹⁷⁴. A continuación, nos gustaría transcribir las palabras de CASSESE:

«[I]t seems justified to hold that under customary international law personal immunities of state officials may not bar international criminal courts and tribunals from prosecuting and trying persons suspected or accused of having committed international crimes, or at any rate the criminal offences over which the relevant international court or tribunal has jurisdiction¹⁷⁵.»

Para llegar a esta conclusión, estos autores consideran que la consolidación de tal excepción se ha ido generando progresivamente a partir de la creación de los diversos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y tribunales mixtos, cuyos instrumentos constitutivos han excluido sistemáticamente el carácter oficial del individuo como posible excepción frente a los crímenes internacionales. Además, la práctica judicial de esos Tribunales, que adopta como propia la formulación de los Principios de Núremberg (Principio III), ha dado lugar, en opinión de dichos autores, a pensar que estamos ante una práctica suficientemente reconocida como para afirmar que actualmente existe una excepción consuetudinaria con respecto a la inmunidad personal¹⁷⁶.

¹⁷⁴ En sentido favorable a la existencia de una excepción consuetudinaria a la inmunidad *ratione personae* se posicionan los siguientes autores: BANTEKAS, I., "Head of State Immunity in the Light of Multiple Legal Regimes and Non-Self-Contained System Theories: Theoretical Analysis of ICC Third Party Jurisdiction Against the Background of the 2003 Iraq War", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 10, No. 1, 2005, pp. 21-42, at p. 41; BIANCHI, A., "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999, pp. 237-277, p. 261; CASSESE, A., *International Criminal Law*, *op. cit.*, pp. 311-312; GAETA, P., "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?", *op. cit.*, pp. 320 y ss.; KRESS, C. y PROST, K., "Article 98. Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 2117-2146, paras. 28 *et seq.*

¹⁷⁵ CASSESE, A., *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 312.

¹⁷⁶ CASSESE utiliza como argumento para ratificar el carácter consuetudinario de la excepción a la inmunidad la amplia práctica de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se caracteriza por excluir sistemáticamente el carácter oficial del individuo como posible excepción frente a los crímenes de Derecho Internacional –como la Resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, sobre la *Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de*

Ahora, por lo que se refiere al alcance de la excepción, cabe afirmar que no hay una posición unánime al respecto, ya que, una parte de la doctrina considera que la misma se limita a la inmunidad funcional, mientras que otro sector admite que la excepción se extiende a la inmunidad funcional y a la inmunidad personal. Entre los primeros, cabe incluir autores como AKANDE, CRYER y SCHABAS, quienes señalan que el hecho de que una actuación se lleve ante un tribunal internacional no puede interpretarse como una excepción a la inmunidad personal¹⁷⁷. Es decir, para estos últimos autores no hay una excepción a la inmunidad *ratione personae*. En opinión de SCHABAS, “article 27(2) cannot apply to Heads of State of non-party States, who retain their immunity under customary international law. Nor does it affect those who benefit from immunity as a result of the Charter of the United Nations, which is hierarchically superior to the *Rome Statute*”¹⁷⁸.

Nos parece especialmente destacable la referencia a las inmunidades que un funcionario al servicio de las Naciones Unidas puede disfrutar para el ejercicio de sus funciones, lo cual corrobora también la idea de que artículo 27, en general, comprende a los funcionarios nacionales e internacionales. Para estos segundos, el párrafo segundo del artículo 105 de la Carta establece que “[l]os representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de ésta, gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización.” Siguiendo al profesor, el artículo

Núremberg [UN Doc. A/RES/95(I)]; la Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, sobre la *Formulación de los Principios Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg* [UN Doc. A/RES/177(II)]; la Resolución 488 (V), de 12 de diciembre de 1950, sobre la *Formulación de los Principios de Núremberg* [UN Doc. A/RES/488(V)]-. Según el autor, dichos precedentes han dado lugar a la formación de una *opinio iuris* acerca de la existencia de una norma consuetudinaria que deja inaplicable la inmunidad de los Jefes de Estado, cuando se les considere criminalmente responsables en el ámbito internacional.

¹⁷⁷ AKANDE, D., “International Law Immunities and the International Criminal Court”, *op. cit.*, p. 417; SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, p. 450. Además, entre los otros autores que rechazan la excepción consuetudinaria, podemos citar a PEDRETTI, R., *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Leiden, Boston: Brill-Nijhoff, 2015, pp. 274 y ss., pp. 304 y ss.; ROBINSON, D., “Immunities”, en CRYER, R. *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 3ª ed., 2014, pp. 540-565, at pp. 562 y ss.; ZAPPALÀ, S., “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The *Ghaddafi Case* before the French *Cour de Cassation*”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 3, 2001, pp. 595-612, at pp. 605-607.

¹⁷⁸ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, p. 450.

27.2 del Estatuto no puede revocar esos privilegios e inmunidades, ya que se basa en su explicación en la superioridad jerárquica de la Carta respecto del Estatuto. En contra, SCHÜLLER argumenta que el personal militar de las Naciones Unidas, que participa en operaciones autorizadas por la Organización, no se beneficia de la inmunidad oficial que le corresponde, ya sea por virtud de un acuerdo bilateral con el Estado territorial o por los efectos generales del artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas, ante la CPI¹⁷⁹.

Especial atención merece la referencia a las personas que actúan al servicio de las Naciones Unidas en el ámbito de una Operación para el Mantenimiento de la Paz. Los llamados cascos azules (*peacekeepers*) con presencia en el territorio de un Estado Parte en el Estatuto de Roma, por su condición de personal al servicio de la Organización se benefician de los privilegios e inmunidades necesarios para el desempeño de sus funciones sobre el terreno. Ahora bien, en el caso de que se les considere responsables penales de la comisión de crímenes de la competencia de la Corte, en la práctica, ésta no tendría jurisdicción para enjuiciarles. En estos supuestos se produce lo que se llama una brecha jurisdiccional (*jurisdictional gap*), que impide a la Corte actuar jurisdiccionalmente. Ello es así porque la inmunidad del personal militar que integra los contingentes puede originarse por una doble vía. Por un lado, por el citado artículo 105 de la Carta, siendo éste la regla general. De otro lado, aun de forma cumulativa, por una norma particular derivada de un acuerdo bilateral —los denominados *Status of Foreign Forces Agreements*, o SOFAs por su acrónimo en inglés— firmado precisamente por el Estado territorial, Parte

¹⁷⁹ SCHÜLLER, A., "Can the International Criminal Court prosecute military personnel of United Nations peace support operations?", en MANACORDA, S. y NIETO, A. (dirs.), MAROTO, M. y SCHEUNEMANN, D. (coords.), *Criminal Law between War and Peace. Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions/El Derecho penal entre la guerra y la paz. Justicia y Cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, pp. 163-182, at pp. 179, 181-182. Sobre la cuestión de la responsabilidad criminal de los participantes en las misiones de paz autorizadas por las Naciones Unidas por los actos criminales cometidos por ellos, véase, asimismo, OZAKI, K., "Criminal law protection and accountability of participants in peacekeeping operations", en MANACORDA, S. y NIETO, A. (dirs.), MAROTO, M. y SCHEUNEMANN, D. (coords.), *Criminal Law between War and Peace. Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions*, op. cit., pp. 85-94; SARI, A., "The Immunities of Visiting Forces", en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 559-576.

en el Estatuto, con el Estado de la nacionalidad de los miembros que componen el contingente.

Por tanto, el Estado del foro habría renunciado a su potestad jurisdiccional en materia penal sobre dicho colectivo; la Corte tampoco podría actuar porque se entiende que el artículo 105 de la Carta es jerárquicamente superior al artículo 27 del Estatuto de Roma por el imperativo legal del artículo 103 de la Carta. De esta manera, el único Estado que sí podría conocer de las presuntas conductas típicas sería el Estado de la nacionalidad, aunque, al haber firmado un Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas Extranjeras, entendemos que su disposición para juzgar a sus propios militares sería más que cuestionable. Así, por la importancia de esta cuestión, volveremos nuevamente sobre la inmunidad de estas personas en el Capítulo III.

Retornando al debate doctrinal sobre la existencia consuetudinaria de una excepción a la inmunidad, una consecuencia que deriva de esta afirmación es que la misma obligaría a todos los Estados de la Comunidad internacional, e incluso sería irrelevante el hecho de si estuviera recogida expresamente en el instrumento constitutivo del respectivo órgano internacional. Así sucede, por ejemplo, con el Estatuto de Tribunal Especial para el Líbano, tratándose de un instrumento que no contiene una referencia explícita acerca de la inmunidad que conlleve el cargo, ni tan siquiera se pronuncia en términos de “improcedencia del cargo oficial”¹⁸⁰.

No obstante, entendemos que, para posicionarse sobre la existencia de una nueva norma consuetudinaria que deja inaplicable la inmunidad de jurisdicción personal, a ello han contribuido en mayor medida la temprana jurisprudencia del

¹⁸⁰ El Tribunal Especial para el Líbano se creó con el fin de enjuiciar a los responsables del atentado terrorista de 14 de febrero de 2005, que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano, Rafiq Hariri, y de otras 22 personas. El Tribunal Especial se estableció por el Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano, de conformidad con la Resolución 1664 (2006), de 29 de marzo de 2006, del Consejo de Seguridad [UN Doc. S/RES/1664 (2006)], en la que se atendía la petición del Gobierno del Líbano para crear un tribunal de naturaleza internacional basado en las más altas normas internacionales de justicia. CSNU, *Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano*, de 15 de noviembre de 2006 [UN Doc. S/2006/893], incluyendo como «Anexo» el *Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano* (p. 15) y como «Apéndice» el *Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano* (p. 23).

TPIY¹⁸¹ y de los tribunales híbridos, sin dejar desapercibida la contribución de la propia CPI¹⁸². Por lo que se refiere a la Sala de Apelaciones del TPIY en el asunto del *Fiscal v. Blaškić*, se afirmó lo siguiente:

«These exceptions arise from the norms of international criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide. Under these norms, those responsible for such crimes cannot invoke immunity from national or international jurisdiction even if they perpetrated such crimes while acting in their official capacity¹⁸³.»

Además, la misma lógica se aplicó en la causa relativa a *Slobodan Milošević*, quien fue, en el momento de iniciarse las actuaciones judiciales contra él en 1999, el Jefe de Estado de la antigua República Federativa de Yugoslavia, cuando había dudas sobre la permanencia del país a la Organización de las Naciones Unidas¹⁸⁴.

Asimismo, ésta era la línea mantenida por el TESL en la causa sobre *Charles Taylor*, aunque en este asunto el argumento esgrimido por la Sala de Apelaciones

¹⁸¹ Entre otros, pueden verse los siguientes: ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Trial Chamber, “Decision on Preliminary Motions”, Decision of 8 November 2001 (Case No. IT-02-54), para. 28; ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgement of 10 December 1998 (Case No. IT-95-17/1-T), para. 140 *et seq.*; ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Appeals Chamber, “Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997”, Judgement of 29 October 1997 (Case No. IT-95-14-AR108bis), para. 41; ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, Trial Chamber, “Decision on the Bosnian Serb Leadership Deferral Proposal”, Decision of 16 May 1995 (Case No. IT-95-5-D), para. 24. En todas estas decisiones judiciales, el TPIY afirma la ausencia de toda inmunidad de jurisdicción penal por la comisión de crímenes internacionales que violen normas de *ius cogens*, diciendo que el mismo efecto tendría lugar, tanto respecto de un tribunal penal nacional, como respecto de una jurisdicción penal internacional.

¹⁸² Entre otros, ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-3, para. 41. En términos generales, la Corte se limitó a seguir lo que ya había establecido el TPIY en los asuntos antes referidos. Para un análisis crítico respecto de la “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, pueden verse: GAETA, P., “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *op. cit.*, pp. 323-325; también WILLIAMS, S. y SHERIF, L., “The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 14, No. 1, 2009, pp. 71-92.

¹⁸³ ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Appeals Chamber, “Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997”, *op. cit.*, para. 41.

¹⁸⁴ Slobodan Milošević fue elegido Presidente de la República Federativa de Yugoslavia el 15 de julio de 1997 y asumió el cargo el 23 de julio de 1997. El 22 de mayo de 1999, cuando el Tribunal acusó a Slobodan Milošević, en su momento presidente de la República Federativa de Yugoslavia, por crímenes en Kosovo, fue el primer Jefe de Estado en funciones acusado de crímenes de guerra por un tribunal internacional. Vid. ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Office of the Prosecutor, “Indictment”, Initial Indictment of 22 May 1999 (Case No. IT-99-37), para. 43. En la acusación se destaca que, en todo momento relevante a estos efectos, Slobodan Milošević ha ocupado el cargo de Presidente de la República Federativa de Yugoslavia.

nos parece más convincente porque se fundamentó en la naturaleza del propio Tribunal para negar la inmunidad de jurisdicción al Jefe de Estado de Liberia. La Sala invocó que el Tribunal Especial no es un tribunal nacional, ni por lo tanto un órgano del Estado, sino un Tribunal creado con la venia de las Naciones Unidas, ante el que no era posible entonces invocar inmunidad alguna por el acusado. En su *dictum*, la Sala dispuso que el artículo 6.2 del Estatuto del Tribunal no entraba en conflicto con ninguna norma de Derecho Internacional consuetudinario, y sus disposiciones debían ser puestas en práctica por el mismo:

«[T]he principle of state immunity derives from the equality of sovereign states and therefore has no relevance to international criminal tribunals which are not organs of a state but derive their mandate from the international community¹⁸⁵.

We hold that the official position of the Applicant as an incumbent Head of State at the time when these criminal proceedings were initiated against him is not a bar to his prosecution by this court. The Applicant was and is subject to criminal proceedings before the Special Court for Sierra Leone¹⁸⁶.»

Respecto del pronunciamiento del TESL, ROBINSON manifiesta que se trata de una concepción errónea cuando el Tribunal fundamenta la inmunidad *ratione personae* en el principio de que un Estado soberano no puede enjuiciar la conducta de otro Estado, puesto que el autor considera que semejante afirmación identifica erróneamente el fundamento de las inmunidades personales. En sus palabras, el principio “*par in parem non habet iudicium* is the basis for *functional* immunity, not personal immunity”¹⁸⁷.

Por su parte, en sus inicios la CPI siguió la línea jurisprudencial del TPIY, en el sentido de que en el ámbito del Derecho Internacional se había formado una excepción consuetudinaria a la inmunidad de los Jefes de Estado en ejercicio, así como a los Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores. De esta manera, la inmunidad personal no podría ser alegada ante la Corte con la idea de prelucir sus actuaciones judiciales:

¹⁸⁵ SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Appeals Chamber, “Decision on Immunity from Jurisdiction”, Decision of 31 May 2004 (Case No. SCSL-2003-01-I), para. 51.

¹⁸⁶ *Ibid.*, para. 53.

¹⁸⁷ ROBINSON, D., “Immunities”, en CRYER, R. *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, *op. cit.*, p. 563.

«[T]he Chamber finds that customary international law creates an exception to Head of State immunity when international courts seek a Head of State's arrest for the commission of international crimes. There is no conflict between Malawi's obligations towards the Court and its obligations under customary international law; therefore, article 98(1) of the Statute does not apply¹⁸⁸.»

Un segundo argumento al que recurrió la Corte para adoptar una posición proclive a la formación de una excepción consuetudinaria, fue afirmar que existía un *amplio reconocimiento* en la práctica sobre el procesamiento de dichas personas:

«Subsequent to 14 February 2002, international prosecutions against Charles Taylor, Muammar Gaddafi, Laurent Gbagbo and the present case show that initiating international prosecutions against Heads of State have gained *widespread recognition as accepted practice*¹⁸⁹.»

Sobre el pronunciamiento anterior de la CPI, DAQUN establece que: "States Parties have renounced the immunity of their own heads of state, but it would be a mistake to conclude that there is enough evidence of state practice to establish a new customary international law rule binding on all"¹⁹⁰. Es, por lo que, lejos de considerar que se trata de una excepción consuetudinaria, nosotros creemos que, si no hay inmunidad personal es precisamente por el acto de renuncia voluntaria que han llevado a cabo los Estados Parte en el marco del Estatuto de Roma. Una muestra de ello es la lectura conjunta del artículo 27.2 y 98.1 del Estatuto, ya que, pueden interpretarse como una aceptación tácita por parte de los redactores de que la no inmunidad del Jefe de Estado no es una regla del Derecho Internacional consuetudinario, en la medida en que se contempla expresamente el escenario de que la Corte no actuará si tal actuación afectase la inmunidad de un tercer Estado o la inmunidad diplomática de una persona perteneciente a ese tercer Estado¹⁹¹.

¹⁸⁸ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, "Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir", 12 December 2011, ICC-02/05-01/09-139, para. 43.

¹⁸⁹ *Ibid.*, para. 39. Énfasis añadido.

¹⁹⁰ Véase en DAQUN, L., "Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?", en BERGSMO, M. y LING, Y. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing: Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012, pp. 55-74, at p. 65.

¹⁹¹ Para estos casos precisamente, el Art. 98.1 establece que la: «Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido [Estado Parte] deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a

La posición anterior de la CPI ha sido recientemente revalidada por la Sala de Apelaciones el 6 de mayo de 2019, en el pronunciamiento relativo a la falta de cooperación del Reino Hachemita de Jordania al no detener y entregar el entonces Presidente *Omar Al Bashir* mientras se encontraba en territorio jordano asistiendo a la Cumbre de la Liga de los Estados Árabes¹⁹² el 29 de marzo de 2017¹⁹³. En esta ocasión, la Sala de Apelaciones de la Corte confirmó su posición de que el artículo 27.2 del Estatuto de Roma refleja actualmente el estado de una norma de Derecho Internacional consuetudinario que obligaba al país apelante a detener al acusado y ponerlo a disposición de la Corte¹⁹⁴. Así, en la lectura del fallo, el Presidente de la Sala de Apelaciones, el Magistrado EBOE-OSUJI, manifestó, aunque poniéndolo en un sentido contrario, que no existe una norma consuetudinaria que atribuyera inmunidad jurisdiccional a un individuo sospechoso de haber cometido crímenes internacionales, y haciendo referencia explícita a la solución alcanzada en su día por el Tribunal Especial para Sierra Leona en la causa relativa a *Charles Taylor*. La Corte llegó finalmente a la conclusión de que no existe inmunidad de jurisdicción en virtud del Derecho Internacional consuetudinario *vis-à-vis* un tribunal penal internacional:

«There is neither State practice nor *opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary international law *vis-à-vis* an international court. To the contrary, such immunity has never been recognised in international law as a bar to the jurisdiction of an international court¹⁹⁵.»

De ahí que, al concebir la eliminación de la inmunidad del artículo 27.2 del Estatuto como una excepción consuetudinaria, por ende, aplicable generalmente

la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado [Estado no Parte], salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.»

¹⁹² El 11 de abril de 2019, *Omar Al Bashir* fue destituido de su cargo como Presidente del Sudán por el Ejército de ese país, dada la presión de las manifestaciones multitudinarias contrarias a su régimen. A fecha 1 de mayo de 2019, está bajo arresto domiciliario y se están celebrando consultas para establecer un Consejo Militar de transición hasta la celebración de elecciones democráticas.

¹⁹³ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, “Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal”, 6 May 2019, ICC-02/05-01/09OA2.

¹⁹⁴ «It is of note that article 27(2) of the Statute is a clear provision in conventional law; but it also reflects the status of customary international law.» *Ibid.*, para. 103.

¹⁹⁵ *Ibid.*, paras. 1 y 113. Igualmente, véase ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, “Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański and Bossa”, 6 May 2019, ICC-02/05-01/09-397-Anx1, paras. 52-174.

a todos los Estados independientemente de su condición de partes o no, el Estado requerido por la Corte no podría invocar la operatividad del artículo 98.1 porque se trataría de una actuación ante un tribunal penal internacional y, por tanto, no habría lugar a la inmunidad incluso para el tercero¹⁹⁶. En tal caso la actuación del Estado requerido nunca se considerará “incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado”¹⁹⁷. Porque, al considerar la excepción consuetudinaria, sería la norma consuetudinaria la que impondría la eliminación de toda inmunidad y no ya el Estatuto, con lo cual ese tercer Estado estaría vinculado por esta excepción, salvo que la haya objetado de forma persistente¹⁹⁸.

No obstante, resulta curioso que incluso dentro de la CPI existen opiniones divergentes sobre la regla de la inmunidad, dependiendo de la composición de la Sala de Cuestiones Preliminares. En tal sentido, la Decisión de 11 de diciembre de 2017, sobre el incumplimiento por parte de Jordania de la solicitud de la Corte de detención y entrega de *Omar Al Bashir*¹⁹⁹, siendo el objeto del pronunciamiento de la Sala de Apelaciones en su Sentencia de 6 de mayo de 2019 ya mencionada, se oponía a la existencia de una excepción consuetudinaria a la inmunidad: “[t]he Chamber agrees that this immunity indeed exists in customary international law”²⁰⁰. A su vez, la Sala de Cuestiones Preliminares de 11 de diciembre de 2017 se apoyaba en su propia Decisión de 6 de julio de 2017, sobre el incumplimiento por parte de Sudáfrica de la solicitud de la Corte de detención y entrega de *Omar Al Bashir*²⁰¹, afirmando esto otro:

¹⁹⁶ Indirectamente, ICC-02/05-01/09OA2, paras. 130 y 131.

¹⁹⁷ Art. 98.1 del Estatuto de Roma.

¹⁹⁸ Sobre la serie de decisiones judiciales de no cooperación de numerosos Estados Partes con la Corte, véase KEMP, G., “Immunity of High-Ranking Officials Before the International Criminal Court – Between International Law and Political Reality”, en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 61-82.

¹⁹⁹ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir”, 11 December 2017, ICC-02/05-01/09-309.

²⁰⁰ ICC-02/05-01/09-309, para. 27.

²⁰¹ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir”, 6 July 2017, ICC-02/05-01/09-302.

«[T]he Chamber notes that customary international law prevents the exercise of criminal jurisdiction by States against Heads of State of other States. This immunity extends to any act of authority which would hinder the Head of State in the performance of his or her duties. **The Chamber is unable to identify a rule in customary international law that would exclude immunity for Heads of State when their arrest is sought for international crimes by another State, even when the arrest is sought on behalf of an international court, including, specifically, this Court**²⁰².»

Este pronunciamiento ha sido rechazado con contundencia por la Sala de Apelaciones el 6 de mayo de 2019, manifestándose contrariamente al afirmar que: “[t]he Appeals Chamber accordingly rejects any contrary suggestion of the Pre-Trial Chamber in that regard, in both this case and in the case concerning South Africa”²⁰³.

Pues bien, a nuestro modo de ver, resultaría contradictorio afirmar, como lo hace la Sala de Apelaciones, que estamos ante una norma consuetudinaria que deja inaplicable la inmunidad de jurisdicción, y al mismo tiempo sostener que el artículo 98.1 es una norma puramente *procedimental* que no reconoce ni preserva, por sí misma, ningún tipo de inmunidad²⁰⁴. Si la primera afirmación fuera cierta, no sería necesaria semejante previsión estatutaria como regla de conflicto que es (*conflict-avoidance rule*)²⁰⁵. En efecto, si “[l]a Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia, **es porque debe preservar** “la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien *de un tercer Estado*”²⁰⁶. Y para este propósito, ahora sí, el artículo 98.1 impone una obligación procesal a la Corte; la obligación de obtener “anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad”²⁰⁷.

²⁰² *Ibid.*, para. 68. Énfasis añadido.

²⁰³ ICC-02/05-01/09OA2, para. 113.

²⁰⁴ *Ibid.*, paras. 130 y 144.

²⁰⁵ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, “The Hashemite Kingdom of Jordan’s appeal against the “Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir””, 12 March 2018, ICC-02/05-01/09-326, paras. 35, 37-38; ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, “The Hashemite Kingdom of Jordan’s submissions following the hearing of 10, 11, 12, 13 and 14 September 2018”, 28 September 2018, ICC-02/05-01/09-390, para. 5.

²⁰⁶ La cursiva es nuestra.

²⁰⁷ ICC, *Transcript of Appeals Hearing*, 10 September 2018, ICC-02/05-01/09-T-4-ENG, p. 32, líneas 21, 25; p. 33, líneas 1-2.

En apoyo a la cristalización de una excepción consuetudinaria, basándose en todos los precedentes y en la práctica anterior del Derecho Internacional Penal, KRESS suscribe la conclusión anterior, con estas palabras:

«Under the modern positivist approach to customary international law, which I have set out above for reasons of methodological transparency, a weighty case can be made for the crystallisation of a customary international criminal law exception from the international law immunity *ratione personae* in proceedings before a judicial organ of the international community²⁰⁸.»

Sin embargo, nosotros no podemos aceptar este planteamiento. Volviendo a las posiciones defendidas por CASSESE y GAETA, se trata de un argumento idílico que no refleja el estado actual del Derecho Internacional. Bastaría con mencionar la fuerte oposición de un importante grupo de Estados, los africanos, para darnos cuenta de que nuestra disciplina no ha evolucionado aún hacia la cristalización de una costumbre generalmente aceptada que haría inaplicables las inmunidades frente a los tribunales penales internacionales. Ello es así precisamente porque no se trata de una posición unánime y tampoco de una conducta aceptada por todos los Estados de la Comunidad internacional.

En cualquier caso, el contraste e incluso oposición en las teorías dependerá fundamentalmente del enfoque preferencial que adoptaremos para determinar si estamos ante una norma de Derecho Internacional consuetudinario. Aun cuando aceptamos los argumentos esgrimidos por los autores que defienden la presencia de una excepción consuetudinaria, no podemos compartir tal posición en lo que se refiere a la inmunidad *ratione personae* por las razones que hemos presentado.

Autores como ALBANESE y NOUWEN establecen que nos encontramos ante una desviación del Derecho Internacional consuetudinario basada en una norma convencional, una declaración que, por el contrario, sí compartimos:

«In the case of the ICC, states parties to the Statute have agreed in Article 27 to waive their right to procedural immunities... This is a treaty-based deviation from customary international law. But according to the fundamentals of both treaty and

²⁰⁸ KRESS, C., "The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute", *op. cit.*, p. 254.

simple contract law, that waiver has to be opted-into: it cannot be assumed on behalf of “third states”²⁰⁹.»

Efectivamente, según los principios generales del Derecho Internacional, la renuncia a la inmunidad que contempla el artículo 27.2 despliega sus efectos sólo frente al Estado que la haya aceptado, aunque no frente a los demás Estados, considerados terceros. Los Jefes de Estado de éstos conservan la inmunidad hasta el extremo de que la misma resulta oponible *vis-à-vis* la Corte. Esto no es más que una consecuencia del principio de relatividad de las obligaciones internacionales, que nace del artículo 34 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969²¹⁰.

Además, respetamos la posición de la propia CIJ al respecto, que ha tenido la oportunidad de confirmar en el asunto sobre la *Orden de detención de 11 de abril de 2000* que los antecedentes relativos a la improcedencia del cargo oficial no le permiten deducir que existe una excepción consuetudinaria a la norma en virtud de la cual los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores disfrutaban de inmunidad de jurisdicción penal, eso sí refiriéndose en esta ocasión a los tribunales nacionales extranjeros²¹¹. Aunque, la CIJ llega a admitir después que esa inmunidad no se invocaría ante determinados tribunales internacionales. Entendemos que semejante excepción está supeditada al cumplimiento de las dos condiciones siguientes: i) que los instrumentos constitutivos de dichos tribunales recojan, expresa o implícitamente, la eliminación de la inmunidad en los procesos planteados ante ellos, y ii) que el Estado en particular haya consentido la renuncia de las inmunidades jurisdiccionales de sus funcionarios mediante la ratificación de aquel instrumento.

A modo de resumen, la inmunidad de los representantes de un **Estado no Parte** no se ven afectadas ni alteradas por las normas del Estatuto de Roma, salvo

²⁰⁹ Véase NOUWEN, S. y ALBANESE, M., “Arresting Bashir: How the ICC has Violated its Own Statute”, *African Arguments*, 10 March 2009 [Recurso electrónico].

²¹⁰ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969, UNTS, Vol. 1155, p. 443.

²¹¹ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *op. cit.*, para. 58. Véase también el párrafo 61, *in fine*.

cuando sean destinatarios de una resolución del Consejo de Seguridad²¹². De ahí que, si esta excepción **convencional** existe es debido al hecho de que los Estados, o la han aceptado expresamente mediante la ratificación del Estatuto, o de forma implícita vía la Carta de las Naciones Unidas en el caso de que sean destinatarios de una remisión. Si no estamos ante ninguno de los dos supuestos anteriores, las personas merecidas de protección conservan su inmunidad conforme al Derecho Internacional consuetudinario, lo que, por otro lado, demuestra que no existe una excepción consuetudinaria en el Derecho Internacional contemporáneo. En este caso nos alineamos con lo que ha expresado PEDRETTI, que refuerza esta posición, rechazando el efecto generador de una norma consuetudinaria y argumentando que: “immunity *ratione personae* of incumbent Heads of State, though undergoing some erosion, still has to be regarded as prevailing in international law”²¹³.

Sin perjuicio de los reclamos de esta cristalización, el elemento de la *opinio iuris* brilla por su ausencia. Ya nos hemos referido a la objeción persistente de los Estados africanos, que rechazan enérgicamente la formulación de toda excepción consuetudinaria para privar de inmunidad a sus Jefes de Estado y de Gobierno²¹⁴. Es más, por lo que se refiere a la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno de los Miembros de la Unión Africana, la regla general es que haya inmunidad siempre, mientras dure su mandato. Dicho en otras palabras, la

²¹² Esta cuestión será abordada con propiedad en la Tercera Parte de la tesis.

²¹³ PEDRETTI, R., *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, op. cit., p. 278. Énfasis añadido.

²¹⁴ Este planteamiento ha sido criticado por la Unión Africana durante la Cumbre Extraordinaria celebrada el 12 de octubre de 2013 en Adís Abeba, Etiopía, sobre la relación entre África y la CPI, donde se llegó a plantear la retirada colectiva de los Estados africanos del Estatuto de Roma. La Asamblea de la UA decidió finalmente que ningún Jefe de Estado en ejercicio debería comparecer ante un tribunal penal internacional, refiriéndose claramente a la CPI. En opinión de la Asamblea, las afirmaciones por parte de la doctrina de que estamos ante una excepción consuetudinaria a la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* de los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno produce los siguientes efectos: i) modificar las disposiciones del Derecho Internacional consuetudinario sobre la materia; ii) vaciar de contenido el Art. 98 del Estatuto de Roma, en el sentido de hacer imposible que un Estado Parte deniegue la cooperación a la Corte con respecto a la detención y entrega de una de estas personas; iii) ignorar las disposiciones del Acta Constitutiva de la Unión Africana; y iv) obligar a todos los Estados Miembros de la UA a cumplir con disposiciones que ellos mismos consideran incompatibles. En particular, véase AU, *African Union Assembly Decision*, “Decision on Africa’s Relationship with the International Criminal Court (ICC)”, Extraordinary Session of the Assembly of the African Union, 12 October 2013, Ext/Assembly/AU/Dec.1(Oct.2013), pp. 1-3. Sobre el futuro inmediato de esta compleja relación entre los Estados africanos y la Corte, véase DERSSO, S.A., “The AU’s Extraordinary Summit decisions on Africa-ICC Relationship”, *EJIL: Talk!*, 28 October 2013. El autor destaca que esta relación va de mal a peor, y dice que lo peor está aún por venir.

regla del artículo 27.2 de que no hay inmunidad es la excepción en el artículo 46A *bis* (Inmunidades) del *Protocolo sobre las Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos* (Protocolo de Malabo), que se adoptó en sesión ordinaria por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 27 de junio de 2014²¹⁵.

Con la adopción de este Protocolo, que todavía no ha entrado en vigor²¹⁶, se pretende instituir una Sección de Derecho Penal Internacional²¹⁷, hasta la fecha inédita²¹⁸, dentro de la futura “Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos”, que sustituirá a la actual *Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*²¹⁹. En

²¹⁵ *Protocolo sobre las Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos*, adoptado por la vigésima tercera sesión ordinaria de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana, celebrada en Malabo, Guinea Ecuatorial, el 27 de junio de 2014 (oficialmente, *Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*). AU, *African Union Assembly Decision*, “Decision on the Draft Legal Instruments Doc. Assembly/AU/8(XXIII)”, adopted by the Twenty-third Ordinary Session of the Assembly, held in Malabo, Equatorial Guinea, 27th June 2014, AU Doc. Assembly/AU/Dec.529(XXIII), No. 13.

²¹⁶ El Protocolo y el Estatuto anexo a él entrarán en vigor 30 días después del depósito de al menos 15 instrumentos de ratificación. A fecha 8 de febrero de 2018, únicamente 11 Estados Miembros habían firmado el Protocolo y ninguno de ellos lo había ratificado hasta el 20 de abril de 2019. La lista de los Estados firmantes se puede consultar aquí [Status List].

²¹⁷ Véase el nuevo Art. 19 *bis* sobre los poderes y funciones de las Salas Especiales dentro de la Sección de Derecho Penal Internacional.

²¹⁸ Cuando entre en vigor, la *Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos* sería el único tribunal entre los órganos regionales de protección de los derechos humanos, que normalmente no tienen jurisdicción para investigar ni para enjuiciar a personas, que podrá exigir responsabilidad penal a aquellos individuos que considere criminalmente responsables de la comisión de alguno de los crímenes tipificados en su Estatuto.

²¹⁹ Sobre esta cuestión, en concreto, puede consultarse la reciente contribución de TESSEMA, M.T., “African Regional Developments – Challenge or Chance for the International Criminal Court? Three Courts in One: The African Criminal Court”, en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 43-59. Igualmente, véanse: FORD, S., “Between Hope and Doubt: The Malabo Protocol and the Resource Requirements of an African Criminal Court”, en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 1076-1100; MANIRAKIZA, P., “Complementarity between the International Criminal Law Section and Human Rights Mechanisms in Africa”, en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 989-1020; MUSILA, G., “A Promise Too Dear?: The Right to Reparations for Victims of International Crimes Under the Malabo Protocol of the African Criminal Court”, en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 947-962; NTANDA NSEREKO, D.D. y VENTURA, M.J., “Perspectives on the International Criminal Jurisdiction of the African Court of Justice and Human Rights Pursuant to the Malabo Protocol (2014)”, en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 257-284.

principio, se trata de una propuesta que complementaría la jurisdicción de la CPI, aunque aquí terminan los paralelismos entre ambas Instituciones. En concreto, el Protocolo de Malabo difiere mucho del Estatuto de Roma en varios aspectos, que podemos exponer brevemente aquí. En primer lugar, incluye una lista amplísima de nuevos crímenes que, como tal, no están tipificados en el Estatuto de Roma, lo cual se puede destacar como un avance positivo²²⁰. En segundo lugar, un aspecto retrógrado del Protocolo es que el mismo otorga inmunidad de jurisdicción a una amplia categoría de personas que no gozan de este privilegio en contraposición al Estatuto de Roma²²¹. Siguiendo las palabras de ESCOBAR HERNÁNDEZ sobre esta cuestión, que nosotros también compartimos, “con la adopción del Protocolo de Malabo se abre un debate sobre la viabilidad de tribunales penales regionales y sobre el papel reconocido a la CPI como jurisdicción líder del nuevo sistema de justicia penal internacional”²²².

Como consecuencia de la introducción del artículo 46A *bis* en el Protocolo, la Corte Africana no podrá iniciar ni continuar un procedimiento penal exigiendo la responsabilidad penal individual al Jefe de Estado o de Gobierno de un Estado Miembro de la Unión Africana, u otros altos funcionarios, por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones y durante su mandato. Esto se opone radicalmente a las disposiciones contenidas en el artículo 27 del Estatuto de Roma²²³.

²²⁰ El Art. 28A establece la jurisdicción penal internacional de la nueva Sección sobre los siguientes crímenes, en este orden: 1) Genocidio; 2) Crímenes contra la humanidad; 3) Crímenes de guerra; 4) Crimen de cambio inconstitucional de Gobierno; 5) Piratería; 6) Terrorismo; 7) Mercenarismo; 8) Corrupción; 9) Lavado de dinero; 10) Tráfico de personas; 11) Tráfico de drogas; 12) Tráfico de residuos peligrosos; 13) Explotación ilícita de recursos naturales; 14) Crimen de agresión.

²²¹ El Art. 46A *bis* establece que: «No charges shall be commenced or continued before the Court against any serving AU Head of State or Government, or anybody acting or entitled to act in such capacity, or other senior state officials based on their functions, during their tenure of office.» Sobre esta disposición, en particular, véase TLADI, D., “The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, No. 1, 2013, pp. 199-221.

²²² ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La Corte Penal Internacional en Construcción: Nuevos Retos Veinte años Después de la Conferencia de Roma”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70, No. 2, 2018, pp. 209-216, at p. 212.

²²³ En materia de inmunidades en el ámbito del Protocolo de Malabo, véase: TLADI, D., “Article 46A Bis: Beyond the Rhetoric”, en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 850-865; *Ibid.*, “Immunities (Article 46A bis)”, en WERLE, G. y VORMBAUM, M. (eds.), *African Criminal Court. A Commentary on the Malabo Protocol*, International Criminal Justice Series, Vol. 10, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2017, pp. 203-217.

Una **derogación** del principio de la inmunidad sería posible sólo en el caso del crimen de genocidio, ya que el artículo VI de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*²²⁴ deja inaplicable la inmunidad *ratione personae*, al establecer que las personas acusadas de tales crímenes “serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”²²⁵. De ahí que, esa derogación afectará a los Estados no Partes en el Estatuto de Roma en la medida en que sean Partes contratantes en dicha Convención. Por lo tanto, en el supuesto del crimen de genocidio, resulta que la regla de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* de los Jefes de Estado en ejercicio ha sido revocada por el Estado contratante, con lo que no puede impedir ni obstaculizar la actuación de los tribunales nacionales extranjeros del *locus delicti commissi*, ni, tampoco, la actuación de una jurisdicción penal internacional competente para conocer de la causa *criminis* de que se trate.

En cuanto a los **Estados Partes**, no se plantea ninguna problemática, dado que éstos han aceptado obligaciones que van más allá del Derecho Internacional consuetudinario en relación con sus propios nacionales, inclusive sus altos cargos públicos²²⁶. Esos Estados han renunciado expresa y libremente a toda inmunidad que conlleve el cargo oficial, tanto funcional como personal. En el mismo sentido se ha pronunciado nuevamente PEDRETTI, cuando afirma que: “[t]he State party’s consent to waive immunity *ratione personae* under art. 27 of the Rome Statute has thus to be considered a treaty-based exception to the general rule of customary international law”²²⁷.

En conclusión, podemos sintetizar que actualmente perviven serias dudas acerca de la existencia de una práctica estatal constante y uniforme, por no hablar de una *opinio iuris*, sobre la regla de la “no inmunidad” de los funcionarios de un

²²⁴ *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948. La Convención fue adoptada por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948 [UN Doc. A/RES/260(III)].

²²⁵ *Ibid.*, p. 84.

²²⁶ En este sentido se pronuncia el profesor AKANDE, D., “International Law Immunities and the International Criminal Court”, *op. cit.*, p. 432.

²²⁷ PEDRETTI, R., *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, *op. cit.*, p. 305.

Estado no Parte en el Estatuto de Roma. Por lo tanto, *todavía* no podemos afirmar, como sí lo hace un sector de la doctrina internacionalista, que los Jefes de Estado de terceros Estados no gozan de inmunidad ante los tribunales internacionales porque así lo establece una norma de Derecho Internacional consuetudinario²²⁸.

Aunque, como sugiere ROBINSON, “[i]f further judicial rulings consistently support the proposition that personal immunity is no barrier before international courts, and that proposition is supported by State practice and *opinio iuris*, then such a rule could certainly become custom”²²⁹. Por consiguiente, esos Estados no Partes y sus máximos representantes no pueden ser despojados, desprovistos de sus derechos por un tratado que nunca han consentido. Defender lo contrario, en palabras de AKANDE, se podría tildar de subversion: “[t]o suggest that immunity is nonexistent before an international tribunal that has not been consented to by the relevant state is to allow subversion of the policy underpinning international law immunities”²³⁰. Pues, ello es así porque estas inmunidades son consideradas verdaderos derechos soberanos que pertenecen al Estado y a sus funcionarios en virtud del Derecho Internacional.

Ahora bien, nuestras palabras no deben interpretarse de forma equívoca. Lo que decimos en este epígrafe es, a nuestro entender, reflejo del mundo *del ser*, es decir, de lo que el Derecho Internacional “es” hoy en día y no de lo que *debería ser, pro futuro*. De ahí que, nos alejamos de posiciones más filosóficas sobre lo que el mundo debería ser, y nos apoyamos en el realismo del estado de las cosas. Ello

²²⁸ Posición compartida por DAQUN, L., “Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?”, *op. cit.*, p. 73; PEDRETTI, R., *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, *op. cit.*, p. 306, cuando establece que: «The present study rejects the contention that there is a rule of customary international law, which stipulates that no immunity under international law is available before international criminal courts since such a rule (still) encounters firm disapproval on the part of States and contravenes fundamental precepts of international law in general and the Rome Statute in particular.»

²²⁹ ROBINSON, D., “Immunities”, en CRYER, R. *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, *op. cit.*, p. 564. Según KRESS, «[m]odern custom may thus come into existence at a relatively high speed and without a voluminous body of hard practice confirming the respective rule. Importantly, such custom will, however, be relatively vulnerable to change if contrary hard practice occurs.» Véase KRESS, C., “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute”, *op. cit.*, p. 251. Con respecto a la “resistencia relativa al cambio” y el Derecho Internacional consuetudinario, véase a BYERS, M., *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 157-160.

²³⁰ AKANDE, D., “International Law Immunities and the International Criminal Court”, *op. cit.*, p. 417.

no significa, ni lo excluye, que el desarrollo progresivo del Derecho Internacional se mueva en esta dirección, y que la norma consuetudinaria sobre la irrelevancia de la inmunidad *ratione personae* ante cualquier tribunal internacional esté, como pensamos nosotros, *in statu nascendi*.

2.4. Las inmunidades jurisdiccionales y las normas de procedimiento especiales con arreglo al derecho interno

Hasta ese momento, hemos visto la inmunidad de jurisdicción fundada en el *Derecho Internacional*, aunque cabe reconocer que el privilegio de la inmunidad puede estar reconocido en una norma de *derecho interno*, e incluso en un precepto con rango constitucional. Así lo viene a consagrar el párrafo segundo del artículo 27 del Estatuto de Roma, cuando avanza en la consideración de la inmunidad de jurisdicción, superponiéndola a los procesos judiciales internos sobre la base del ordenamiento nacional de un Estado Parte. Efectivamente, los funcionarios de un Estado pueden disfrutar, no sólo de las inmunidades jurisdiccionales reconocidas por el Derecho Internacional consuetudinario o convencional, sino, sobre todo, y en una medida más pronunciada, por las leyes internas del Estado de que se trate.

El interés del tema de la inmunidad conforme al derecho doméstico radica en que el reconocimiento de la misma a nivel nacional se puede fundamentar con frecuencia en su existencia en virtud del Derecho Internacional. Muchas veces los Estados transponen a sus ordenamientos jurídicos la idea de que sus funcionarios deben disfrutar de cierta protección, aunque esta vez frente a sus propios órganos jurisdiccionales²³¹. En estos supuestos, el fundamento de la inmunidad no es otro que la división o separación de poderes, y no ya la soberanía del Estado en cuanto institución²³².

A lo largo de nuestro estudio, ha quedado acreditado que las inmunidades jurisdiccionales se rigen, generalmente, por las normas del Derecho Internacional

²³¹ Sobre el impacto del Art. 27 en la legislación nacional sobre inmunidades de los Estados Partes, véase GAETA, P., "Official Capacity and Immunities", *op. cit.*, pp. 996-1000.

²³² CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 264.

consuetudinario²³³, aunque sin excluir las normas internas de los Estados que las hayan incorporado a sus ordenamientos, como es el caso de España²³⁴. Aunque, en estos últimos supuestos, conviene resaltar la limitación intrínseca de su ámbito de aplicación espacial²³⁵.

En particular, no es extraño que el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno, los miembros de un Gobierno o Parlamento nacional, los representantes elegidos o ciertos funcionarios estatales, se beneficien de inmunidad respecto de la potestad jurisdiccional de sus propios tribunales nacionales. El objeto de esa protección es evitar la injerencia entre los poderes del Estado en su funcionamiento autónomo e independiente, básicamente cuando se quiere instrumentalizar el Poder Judicial para obtener réditos políticos.

Generalmente, el derecho interno contempla el privilegio de la inmunidad respecto de los delitos considerados ordinarios, aunque entendemos que también puede concederse la inmunidad para delitos más graves, por lo cual no es posible afirmar concluyentemente que esté surgiendo una tendencia definida²³⁶. Al igual que sucede en el ámbito internacional, la inmunidad de estos funcionarios puede relacionarse con el desempeño de sus funciones oficiales y los actos realizados en su capacidad oficial (inmunidad *ratione materiae*). A este respecto, cabe decir que el artículo 27.1, a diferencia del apartado segundo, no se refiere de forma explícita al “derecho interno”. No obstante, al haber declarado irrelevante cualquier cargo oficial, entendemos que este párrafo primero abarca igualmente las inmunidades reconocidas por la legislación nacional de los Estados²³⁷. Otro tanto puede decirse

²³³ REMIRO BROTONS, A, “Pinochet: Los límites de la impunidad”, *Política Exterior*, Vol. 13, No. 67, 1999, pp. 43-57, quien destaca que la imprecisión y la inseguridad acrecientan cuando en otros sectores normativos, como por ejemplo el de la protección de los derechos humanos, tiene lugar una evolución significativa susceptible de afectar implícitamente al estatuto jurídico de los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno de Estados extranjeros.

²³⁴ Téngase en cuenta la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre Privilegios e Inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España [BOE, núm. 258, de 28 de octubre de 2015].

²³⁵ Según DOMINICÉ, Ch., “Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”, *op. cit.*, p. 315; «les immunités qui retiennent notre attention déploient leurs effets dans les ordres juridiques internes des États. Cela signifie que ceux-ci vont bien souvent fixer dans leur législation la teneur et les modalités d’application des immunités».

²³⁶ UN Doc. A/CN.4/596, p. 52, para. 86.

²³⁷ GAETA, P., “Official Capacity and Immunities”, *op. cit.*, p. 996.

respecto de la inmunidad reconocida por la condición personal de estas personas mientras dure el período de su mandato (inmunidad *ratione personae*).

Ahora bien, no existe en virtud del Derecho Internacional consuetudinario una obligación para los Estados de revocar las inmunidades de sus funcionarios sobre la base del derecho interno. No obstante, esta obligación de improcedencia puede venir impuesta por vía convencional, como de hecho sucede con el artículo 27.2 del Estatuto de Roma; imponiendo a todos los Estados Partes una obligación positiva de dejar sin eficacia toda clase de inmunidad o norma de procedimiento especial con respecto a la comisión de un crimen de la competencia de la Corte²³⁸.

Independientemente de su alcance, según lo estipulado por el artículo 27.2 del Estatuto, los privilegios e inmunidades nacionales serían insignificantes para la jurisdicción de la Corte, incluso cuando la protección fuese dispuesta por una norma constitucional, como disponen ciertas normas de la Constitución Española en relación con el Rey de España, el Presidente del Gobierno, los Diputados y los Senadores, entre otros²³⁹. Indudablemente, se trata de una cuestión de naturaleza procesal, dado que, el hecho de que la Corte no pueda ejercer su competencia no significa que el presunto responsable estaría exento de responsabilidad penal por el crimen presuntamente cometido. Ésta es una cuestión de Derecho sustantivo, cuyo contenido permanece inalterado²⁴⁰. En circunstancias especiales, el Derecho español prevé el levantamiento de la inmunidad personal para que los tribunales españoles puedan investigar y, en su caso, juzgar a las personas citadas. Se trata

²³⁸ CASSESE, A., *International Criminal Law*, op. cit., 2008, p. 314.

²³⁹ Véanse: el Art. 56.3 respecto del Rey de España («La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad.»); el Art. 102.1 respecto del Presidente, los Vicepresidentes y, en su caso, de los Ministros («La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.»); el Art. 71.1 y 2 («1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.»).

Además, dichas personas, por su condición personal, sólo pueden ser investigadas y enjuiciadas por las conductas típicas que hayan realizado ante determinados tribunales, y no ante los órganos que fueran ordinariamente competentes por razón de la materia y del lugar de comisión del hecho delictivo. Esta última particularidad que comparten algunos Estados se denomina “aforamiento”.

²⁴⁰ «La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos.» Véase CDI, *Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado preparado por el Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial*, UN Doc. A/CN.4/601, p. 32, para. 66.

del llamado *supplicatorio* en el caso de los parlamentarios y que, como tal, compete al Congreso de los Diputados²⁴¹. Nada de esto tendría lugar, si se da el caso, ante un procedimiento sustanciado conforme al Estatuto de Roma.

Además, la imposibilidad de hacer valer las inmunidades de orden interno frente a la Corte deriva de la propia regla del artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, en el sentido de que un Estado Parte en el Estatuto no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno sobre inmunidad como justificación del incumplimiento del artículo 27.2 del Estatuto²⁴². Si fuese el caso, la norma de derecho interno entraría en conflicto con la obligación internacional nacida del artículo 27.2, conjuntamente con el artículo 88 del Estatuto de Roma²⁴³. El imperativo de la primera disposición²⁴⁴ se traduce en la práctica en la exigencia de que todos los Estados Partes ajusten sus legislaciones internas a los principios estipulados en el Estatuto, como es la inaplicación de la inmunidad personal. Por lo tanto, estos Estados deben hacer inoperativas sus normas sobre inmunidades, al menos respecto de los crímenes enunciados en el artículo 5.

En efecto, se trata de la primera vez en que un tratado internacional obliga jurídicamente a un Estado a dejar a sus más altos funcionarios, inclusive a su Jefe de Estado o Jefe de Gobierno, sin inmunidad; no sólo ante la Corte, sino también

²⁴¹ Por ejemplo, el Art. 11 del Reglamento del Congreso de los Diputados se refiere a esta exigencia procesal con los siguientes términos: «Durante el período de su mandato, los Diputados gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Congreso.» *Reglamento del Congreso de los Diputados*, de 10 de febrero de 1982 [BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1982].

²⁴² El Art. 27 versa sobre *El derecho interno y la observancia de los tratados*, afirmando que: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.» Sobre la obligatoriedad y aplicabilidad de los tratados en el orden interno, véase, concretamente, REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, *op. cit.*, pp. 263-283. Además; CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 9ª ed., 2019, pp. 45 y ss.; DENZA, E., «The Relationship between International and National Law», en EVANS, M. (ed.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 4ª ed., 2014, pp. 412 y ss.; LARDY, P., *La force obligatoire du droit international en droit interne*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, p. 279.

²⁴³ A la luz del Art. 88 del Estatuto, los «Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte.» El artículo se refiere a la Parte IX: *De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial*.

²⁴⁴ En este sentido se posiciona también GAETA («legally imposed by Article 27(2)»). Vid. GAETA, P., «Official Capacity and Immunities», *op. cit.*, p. 999.

ante los tribunales nacionales de ese mismo Estado²⁴⁵. Así, la conclusión sería que el Estado Parte de que se trate deberá proceder con la ejecución de una orden de detención y entrega emitida por la Corte, incluso cuando vaya destinada a alguno de sus más altos funcionarios²⁴⁶.

Pues bien, nos parece oportuno a efectos prácticos destacar la declaración unilateral formulada por Colombia en el momento de depositar su Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma, aunque cabe advertir que el mismo prohíbe las reservas²⁴⁷, dirigida a excluir del sistema estatutario los regímenes de amnistía por delitos políticos que el Estado colombiano pudiera conceder, *pro futuro*, en el contexto del conflicto armado interno²⁴⁸. Ahora bien, en el ámbito del Estatuto no hay un precepto que regule dicha cuestión de forma expresa, aunque semejantes

²⁴⁵ Sobre el conflicto entre las inmunidades reconocidas por los textos constitucionales de algunos Estados latinoamericanos y las disposiciones del Art. 27 del Estatuto de Roma, véase los proyectos de adaptación de la legislación nacional a los preceptos del Estatuto en: ZUPPI, A.L., “Un estudio comparado de las inmunidades de los jefes de Estado en las Constituciones de América Latina frente a la Corte Penal Internacional”, en FERRER MAC-GREGOR, E.F. y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A.Z. (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como Investigador del Derecho*, Tomo IX. Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, México, D.F.: Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Marcial Pons, 2008, pp. 925-945, at pp. 926-940.

²⁴⁶ Y de una manera menos ambiciosa se pronuncia la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional [BOE, núm. 296, de 11 de diciembre de 2003]. El Art. 2 de esta Ley se refiere a la *cooperación pasiva*; España prestará la plena cooperación a la Corte Penal Internacional, de conformidad con lo estipulado en el Estatuto y, en especial, en su Art. 86. Encontramos una referencia puntual sobre la inmunidad de jurisdicción cuando el Art. 21.3 alude a las personas sometidas a la jurisdicción de la Corte, diciendo que: «[l]as personas en tránsito en España para comparecer ante la Corte gozarán de inmunidad.» En todo caso, entendemos que, al haber ratificado España el Estatuto de Roma, la inmunidad de jurisdicción no puede suponer una barrera para la detención y la entrega de una persona reclamada por la Corte.

²⁴⁷ El Art. 120 del Estatuto de Roma prohíbe tajantemente la formulación de las reservas: «No se admitirán reservas al presente Estatuto.» En virtud del Art. 2.1, letra d), de la CVDT, «se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado». En este sentido se pronuncia FUENTES, X., *Las inmunidades de jurisdicción y el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Santiago de Chile: Red Ius et Praxis, 2006, pp. 419-425, at p. 422 [Recurso electrónico].

²⁴⁸ «Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado colombiano, siempre y cuando dicha concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de Derecho Internacional aceptados por Colombia.» Véase el Decreto No. 2764 de 2002, por el cual se promulgó el ‘Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional’, *Diario Oficial*, No. 45015, de 30 de noviembre de 2002. Véase también, Depositary Notification Reference: C.N.834.2002.TREATIES-33, para. 1.

declaraciones podrían calificarse como auténticas reservas encubiertas²⁴⁹, ya que pretenden modificar el acervo estatutario, alterando el contenido del artículo 27 del Estatuto²⁵⁰.

Por su parte, otra manifestación de Derecho comparado a la que podemos referirnos, es cuando el Consejo Constitucional de la República francesa enfatizó sobre la necesidad de una revisión de ciertas normas de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958²⁵¹, que fueron consideradas incompatibles con el Estatuto de Roma. En concreto, los regímenes especiales de responsabilidad penal, como el establecido por los artículos constitucionales 68 y 68.1, respecto del Presidente de la República y los miembros del Gobierno²⁵², eran manifiestamente contrarios al artículo 27 del Estatuto, lo cual hacía necesaria la revisión constitucional antes de ratificar el tratado. Estos preceptos constitucionales reconocían la inmunidad a sus titulares por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones y fuera del caso de alta traición, además de hacer una reserva explícita de sometimiento tan sólo a la jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de la República en relación con la responsabilidad penal de aquéllos²⁵³.

Por lo tanto, una interpretación teleológica del artículo 27 del Estatuto de Roma nos permite concluir que ninguna norma de procedimiento que atribuyera

²⁴⁹ Véanse los comentarios al Art. 120 del Estatuto de Roma en las contribuciones de HAFHNER, G., "Article 120. Reservations", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article, op. cit.*, 2ª ed., 2008, pp. 1737-1750; SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute, op. cit.*, pp. 1166-1173.

²⁵⁰ La posibilidad de que un Estado haga uso de las *reservas*, mediante las que se pretenden excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, al firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherirse al mismo, se rige por los Arts. 19 a 23 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969. Véase, en particular, el Art. 19, letra a), sobre la formulación de las reservas, diciendo que: «Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva esté prohibida por el tratado».

²⁵¹ Texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur.

²⁵² El Art. 68 establecía: «Le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; il est jugé par la Haute Cour de Justice.» El Art. 68.1 disponía que: «Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la Cour de justice de la République.»

²⁵³ Conseil constitutionnel, Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour Pénale Internationale, signé à Rome le 18 juillet 1998, Journal officiel* du 24 janvier 1999, page 1317, Recueil, p. 29, ECLI:FR:CC:1999:98.408.DC.

inmunidad a alguna de las personas del párrafo primero, ya sea sobre la base del Derecho Internacional, consuetudinario o convencional, o del derecho interno de los Estados, podría hacerse valer frente a la CPI.

SEGUNDA PARTE

**LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL RESPECTO DE NACIONALES DE
ESTADOS TERCEROS ACTIVADA POR ESTADOS
PARTES DEL ESTATUTO O POR EL FISCAL**

CAPÍTULO III

LA REMISIÓN A LA CORTE DE CRÍMENES PERPETRADOS POR NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO PARTE DEL ESTATUTO

Una vez examinadas las cuestiones preliminares sobre la competencia de la Corte en la Primera Parte de esta tesis, y expuestos generalmente los criterios que fundamentan el ejercicio de dicha jurisdicción por razón material, personal, temporal y espacial, en esta Segunda Parte abordaremos dos cuestiones de forma separada, como son la territorialidad de la conducta criminal en el Capítulo III y la competencia de la Corte respecto de un procedimiento *sub iudice* en el Capítulo IV en los casos de denuncia del Estatuto de Roma.

Como decimos, en este capítulo vamos a centrarnos fundamentalmente en el parámetro de la territorialidad, por tratarse de un vínculo jurisdiccional capital y determinante para que la Corte se declare competente sobre una situación en concreto. Asimismo, la hipótesis de la remisión de crímenes perpetrados por los nacionales de terceros Estados en el territorio de un Estado Parte en el Estatuto, resulta conveniente indicar, constituye el objeto de esta tesis doctoral, además de que conforma una de las *condiciones previas* para el ejercicio de la competencia de la Corte: la relativa al lugar de comisión de la conducta criminal.

De una manera más concreta, estudiaremos con suficiente detenimiento la competencia de la Corte respecto de los nacionales de Estados terceros, activada por un Estado Parte o por el Fiscal, actuando *proprio motu*. Igualmente, desde un punto de vista metodológico, resulta procedente establecer que el tratamiento de la competencia *ratione loci* en el marco del Estatuto sería aplicable por igual, tanto si es un Estado Parte el que remita la situación, como si lo fuera la Fiscalía de la Corte. En ambos casos, se trata de aplicar las mismas condiciones previas para el ejercicio de tal jurisdicción, aunque, según lo dispuesto en el Capítulo I, podemos recordar que en el caso de actuación de la Fiscalía sería un requisito ineludible la previa y preceptiva autorización judicial para la apertura de la investigación.

La posibilidad de actuar sobre los nacionales de terceros Estados, no Partes en el Estatuto de Roma, en ausencia de una resolución del Consejo de Seguridad, convierte a aquel instrumento en una herramienta muy poderosa en términos de justicia material, circunscribiéndose notoriamente en el mandato de la Corte “a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”¹.

Partiendo de esta idea sobre los sujetos con *ius standi* ante la Corte, nuestro análisis se limitará a las conductas constitutivas de crímenes según el Estatuto de Roma que hayan tenido lugar *en el territorio de un Estado Parte*, cuando el presunto autor material del crimen sea un individuo nacional de un tercer Estado. Se trata de una cuestión controvertida y no pacífica, ya que algunos Estados, sobre todo los que no son Partes en el instrumento, no admiten la jurisdicción territorial de la Corte respecto de sus propios nacionales. Además, examinaremos el concepto jurídico-penal de territorio para después finalizar con algunos de los mecanismos más relevantes que permiten a dichos terceros Estados contrarrestar la actividad jurisdiccional de la Corte. Sobre este punto en particular, prestaremos especial atención a la cuestión de la inmunidad jurisdiccional como pieza procesal, y, muy especialmente, a la celebración de ciertos acuerdos internacionales que requieren el consentimiento de los Estados no Partes en el Estatuto, en lo que se refiere a la entrega de sus propios nacionales a determinadas jurisdicciones internacionales.

I. EL VÍNCULO TERRITORIAL COMO PRECONDICIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

En este epígrafe, vamos a introducir de forma preliminar la exigencia del nexo jurisdiccional o vínculo territorial entre la conducta típica, que dará lugar a alguno de los crímenes enunciados en el artículo 5 del Estatuto, y el lugar en el que la misma se haya cometido. Se trata de una relación causal y de una cuestión material que ha tenido reflejo en la práctica de la propia Corte, teniendo en cuenta

¹ Preámbulo del Estatuto de Roma, considerando 5º.

el reciente pronunciamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares II, en el sentido de que ésta rechazó el inicio de una investigación el 12 de abril de 2019 sobre los presuntos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad perpetrados en el territorio de la *República Islámica de Afganistán*, en el contexto del conflicto armado en ese país², por considerar que el enjuiciamiento de los presuntos responsables no redundaría en interés de la justicia penal internacional³.

A modo de aproximación, la cuestión que planteamos pertenece al ámbito de la competencia *ratione loci* de la Corte y su proyección espacial. De ahí que, el punto de partida para nuestro análisis sea el **principio de territorialidad**. Como ya afirmamos en el Capítulo I, introductorio sobre la competencia general de la Corte, el ejercicio de su jurisdicción está condicionado a que el crimen o crímenes: i) se haya cometido *en el territorio de un Estado Parte* en el Estatuto, o en el territorio de un *Estado no Parte* que haya formulado una declaración *ad hoc* de aceptación de la competencia de la Corte para una situación concreta y respecto del crimen de que se trate⁴ (*principio de territorialidad* en sentido estricto); o, ii) por el nacional de alguno de los Estados anteriores (*principio de personalidad activa* sin importar el lugar de comisión de la conducta). Lo anterior no es más que una secuencia lógica del principio en virtud del cual la Corte opera en nombre y con el consentimiento

² Véase la solicitud de autorización para proceder con una investigación sobre presuntos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad perpetrados en el contexto del conflicto armado en la República Islámica de Afganistán: ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber III, “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Red.

³ El 12 de abril de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI decidió finalmente rechazar el inicio de la investigación que había solicitado la Fiscalía el 20 de noviembre de 2017, y ello por considerar que el enjuiciamiento de los presuntamente responsables no redundaría en interés de la justicia en el momento actual. Volveremos sobre este asunto más adelante en el epígrafe 2.3.1. ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, 12 April 2019, ICC-02/17-33.

⁴ Esta posibilidad está prevista expresamente en el Art. 12.3 del Estatuto de Roma para los Estados no Partes: «Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.» Se trata de una declaración presentada por un Estado no Parte (“Estado aceptante”) mediante la cual se atribuye competencia a la Corte para conocer de un caso que de otra manera no podría hacerlo, aplicándose el Estatuto de Roma como si de un Estado Parte se tratara.

de los Estados Partes que han firmado y ratificado⁵ el Estatuto de Roma⁶, salvo las circunstancias *excepcionales* o *problemáticas* que contempla el propio Estatuto⁷.

Ahora bien, ninguno de estos dos principios se aplicaría cuando el Consejo de Seguridad decide intervenir, puesto que el efecto que produce una remisión por este órgano sobre un Estado no Parte se opone radicalmente al planteamiento del presente capítulo. Pues, en esos casos no hay límites territoriales ni personales relevantes, y la competencia de la Corte se puede extender sobre el territorio de cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas y sobre cualquier individuo que sea nacional de este último Estado⁸. En tal caso, las condiciones previas para el ejercicio de la competencia del artículo 12 no son de aplicación⁹. Por tanto, su eficacia hay que situarla en la propia Carta de las Naciones Unidas y no tanto en el Estatuto de Roma. Debido a este tratamiento diferenciado, en el tercer capítulo hablamos solamente de las remisiones de Estados Partes [art. 13 a)] y del Fiscal [art. 13 c)]¹⁰. En estos dos supuestos es cuando se requeriría, en virtud del artículo 12.2 y 3 del Estatuto, que el Estado territorial o el Estado de la nacionalidad del

⁵ De conformidad con el Art. 125 del Estatuto de Roma, relativo a las formas de manifestación del consentimiento, el párrafo segundo de la norma establece: «El presente Estatuto estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.» Mientras que, el párrafo tercero del mismo precepto dispone que: «El presente Estatuto estará abierto a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.»

⁶ ICC, *Request under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute””, 6 September 2018, ICC-RoC46(3)-01/18, para. 35. Esta cita forma parte de la declaración formulada por el Gobierno de Myanmar sobre la propuesta para la extensión de la competencia de la Corte. *Ibid.*, *Annex E to Prosecution Notice of Documents for Use in Status Conference*, ICC-RoC46(3)-01/18-27-AnxE. Sobre este pronunciamiento judicial de la Corte, puede consultarse VAGIAS, M., “Case No. ICC-RoC46(3)-01/18”, *American Journal of International Law*, Vol. 113, No. 2, 2019, pp. 368-375.

⁷ A estas circunstancias nos referiremos en la Tercera Parte de la tesis doctoral.

⁸ GOWLLAND-DEBBAS, V., “The Role of the Security Council in the New International Criminal Court from a Systemic Perspective”, en ABI-SAAB, G., BOISSON DE CHAZOURNES, L. y GOWLLAND-DEBBAS, V. (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 629-650, at pp. 635-636.

⁹ Véase ICC, *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute”, 27 April 2007, ICC-02/05-01/07-1-Corr, para. 16; ICC, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber III, “Fourth Decision on Victims’ Participation”, 12 December 2008, ICC-01/05-01/08-320, para. 59.

¹⁰ «En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto...», según dispone el Art. 12. Énfasis añadido.

acusado o sospechoso del crimen sean Partes en el instrumento. Y para el caso de que no lo fueran, entonces sería necesaria la presentación de una declaración *ad hoc* de aceptación de la competencia de la Corte en virtud del apartado tercero¹¹. Esta vía fue explorada por Palestina hasta en dos ocasiones¹² antes de convertirse este último en Estado Parte de pleno derecho en el Estatuto de Roma el 2 de enero de 2015¹³. También se puede dar el caso en el que el llamado “Estado aceptante” sea el Estado de la nacionalidad del acusado del crimen, que es cuando se exigirá recabar su consentimiento para proceder judicialmente.

Por último, resulta conveniente señalar que la exclusión de la jurisdicción universal en el ámbito del Estatuto de Roma, hace que el crimen debe cumplir, en toda circunstancia, uno u otro de los dos criterios jurisdiccionales establecidos en el artículo 12.2. Ello quiere decir que la Corte no podría investigar ni enjuiciar, llegado el caso, los crímenes cometidos en alta mar, en el espacio ultraterrestre o en ciertos espacios internacionalizados, como por ejemplo la Antártida¹⁴. En estos casos, la única posibilidad para atribuir competencia a aquella sería por la vía de la nacionalidad del autor material del crimen [art. 12.2 b)] o bien por una remisión adoptada en el seno del Consejo de Seguridad.

¹¹ WILMSHURST, E., “Jurisdiction of the Court”, en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 127-141, at pp. 139-140. Sobre la legitimación para formular una declaración de aceptación de la competencia en virtud del Art. 12.3 del Estatuto y el alcance de la misma, puede verse ORIHUELA CALATAYUD, E., *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Navarra: Aranzadi, 2016, en particular el Capítulo VI, at pp. 227-261. Además, a este respecto nos remitimos a lo dicho en el Capítulo I de esta obra.

¹² Véase sobre esta cuestión el epígrafe 2.3.2. También EL ZEIDY, M.M., “Ah Hoc Declarations of Acceptance of Jurisdiction. The Palestinian Situation under Scrutiny”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 179-209; SCALIA, D., “La Palestine et la Cour pénale internationale”, en FERNÁNDEZ, J. (dir.), *Justice pénale internationale*, Paris: CNRS Éditions, 2016, pp. 379-398.

¹³ El 2 de enero de 2015, el Gobierno de Palestina se adhirió al Estatuto de Roma al depositar su Instrumento de Adhesión ante el Secretario General de las Naciones Unidas. El Estatuto de Roma entró en vigor para Palestina el 1 de abril de 2015.

¹⁴ Para más información, puede consultarse el análisis y la interpretación del Art. 12 del Estatuto de Roma en SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 277-292, en especial at p. 285.

II. BASE JURÍDICA Y CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE TERRITORIO PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA *RATIONE LOCI* SOBRE LOS NACIONALES DE ESTADOS NO PARTES

2.1. Aproximación comparativa al contenido del artículo 12.2, letra a), del Estatuto de Roma y su precursor en el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional

Cualquier consideración sobre las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte en la actualidad¹⁵, pasa necesariamente por un examen de las disposiciones correspondientes del *Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional* preparado por la Comisión de Derecho Internacional en 1994¹⁶. En particular, a la luz del artículo 21 del Proyecto (*De las condiciones previas al ejercicio de la jurisdicción por el Tribunal*¹⁷), precursor del actual artículo 12, apreciamos que el párrafo primero distingue entre el crimen de genocidio y cualquier otro crimen a que se refería el artículo 20 del Proyecto¹⁸. Esta separación material de los tipos

¹⁵ Véase LA HAYE, E., "The Jurisdiction of the International Criminal Court: Controversies over the Preconditions for Exercising its Jurisdiction", *Netherlands International Law Review*, Vol. 46, No. 1, 1999, pp. 1-25.

¹⁶ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994)*, UN Doc. A/49/10, pp. 44-45. La CDI examinó la cuestión del establecimiento de una Corte Penal Internacional entre sus períodos de sesiones 42º, celebrado en 1990, y 46º, celebrado en 1994, en el cual concluyó un *Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional* que fue presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁷ «1. El Tribunal podrá ejercer su jurisdicción respecto de una persona por uno de los crímenes a que se refiere el artículo 20 si:

a) En el caso de genocidio, se ha presentado una denuncia a tenor del párrafo 1 del artículo 25;
b) En cualquier otro caso, se ha presentado una denuncia con arreglo al párrafo 2 del artículo 25 y la jurisdicción del Tribunal respecto del crimen ha sido aceptada a tenor del artículo 22:

i) por el Estado en cuyo territorio el presunto culpable del crimen se halla detenido (el Estado de detención) y

ii) por el Estado en cuyo territorio se produjo la acción u omisión considerada.

2. Si, respecto de un crimen al que se aplica el apartado b del párrafo 1, el Estado de detención ha recibido, en virtud de un acuerdo internacional, la solicitud de entrega de un sospechoso presentada por otro Estado con fines de procesamiento y, a menos que esa solicitud sea rechazada, se requerirá además la aceptación por ese otro Estado de la competencia del Tribunal respecto del crimen.»

¹⁸ Esta disposición establecía lo siguiente: «El Tribunal tiene competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) El crimen de agresión; c) Las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados; d) Los crímenes de lesa humanidad; e) Los crímenes tipificados o previstos en las disposiciones de los

se debía al hecho de que, en función de la figura penal, cambiaban las condiciones previas para el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal — como se le denominaba a la Corte en aquel entonces —. En cambio, como veremos, la redacción actual del artículo 12.2 confiere un tratamiento igualitario a la competencia de la Corte, sin distinguir cuál de los crímenes de la lista del artículo 5 del Estatuto de Roma haya tenido lugar.

Para empezar, el referido artículo 21 no trataba de forma uniforme a todos los crímenes, sino que, como acabamos de decir, separaba al crimen de genocidio del resto¹⁹; e incluso se llegó a hablar de una jurisdicción “inherente” del Tribunal sobre el mismo²⁰. Adicionalmente, para el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal se exigía que la misma hubiese sido aceptada por los siguientes dos Estados: “i) por el Estado en cuyo territorio el presunto culpable del crimen se halla detenido (el Estado de detención) y ii) por el Estado en cuyo territorio se produjo la acción u omisión considerada²¹.” A la luz de la redacción del artículo, un tanto confusa y poco didáctica, para que el Tribunal pudiera conocer del crimen, era necesaria la aceptación cumulativa de su competencia. Por un lado, por el Estado que tenga la custodia del acusado del crimen (Estado de custodia o detención²²); y, por otro, por el Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen (Estado del foro, Estado territorial o Estado del *locus delicti commissi*).

tratados especificadas en el anexo y que, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional.»

¹⁹ El Art. 21 difiere de la disposición equivalente del Proyecto de Estatuto de 1993, que era todavía más gravoso (Artículo 24: *De la competencia de la Corte a tenor del artículo 22*). Véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45º período de sesiones (3 de mayo-23 de julio de 1993)*, Documento A/48/10, pp. 109-144, at p. 118, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1993*, Vol. II, Segunda Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1993/Add.I(Part 2). Asimismo, sobre los trabajos preparatorios de la CDI, anteriores a la celebración de la Conferencia de Roma, véanse: BENEDETTI, F. y WASHBURN, J.L., “Drafting the International Criminal Court Treaty: Two Years to Rome and an Afterword on the Rome Diplomatic Conference”, *Global Governance*, Vol. 5, No. 1, 1999, pp. 1-37; BLAKESLEY, Ch.L., “Jurisdiction, Definition of Crimes, and Triggering Mechanisms”, en BASSIOUNI, M.C., *The International Criminal Court: Observations and Issues Before the 1997-98 Preparatory Committee; and Administrative and Financial Implications*, Toulouse, Chicago: Érés, DePaul University, International Human Rights Institute, 1997, pp. 177-230; CRAWFORD, J., “The ILC’s Draft Statute for an International Criminal Tribunal”, *American Journal of International Law*, Vol. 88, No. 1, 1994, pp. 140-152.

²⁰ UN Doc. A/49/10, p. 45, para. 7.

²¹ *Ibid.*, p. 44.

²² Que la puede tener bien porque sus tribunales son competentes para proceder al enjuiciamiento o bien por haber recibido una petición de extradición.

Por si esto fuese insuficiente, en la opinión de algunos miembros de la CDI, para que el Tribunal pudiera ejercer su competencia, se debía exigir un requisito adicional, que en nuestra opinión hacía todavía más gravoso ese ejercicio. Dichos miembros plantearon la aceptación por el Estado de la nacionalidad del acusado del crimen, además o en lugar de la del Estado territorial. A su juicio, la necesidad de esta exigencia se debía a que “la localización del crimen podría ser fortuita y podría incluso ser difícil de determinar, mientras que la nacionalidad representa un vínculo determinado y significativo a efectos de lealtad y jurisdicción²³.” Por último, otros demandaban el requisito expreso del consentimiento del Estado de la nacionalidad de la víctima²⁴.

Finalmente, el criterio general que fue recomendado por la Comisión es el establecido en la letra b) del artículo 21.1; se requería la aceptación del Estado de detención o que tenía la custodia del acusado, y del Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el crimen. Por lo que, en ese artículo 21 se indicaban los Estados de los que se requería la aceptación para que el Tribunal pudiera intervenir en el asunto de que se tratase²⁵.

Actualmente, el tenor literal del artículo 12.2 del Estatuto de Roma, tal y como fue adoptado por los Estados en la Conferencia de Roma, dice lo siguiente:

«[L]a Corte podrá ejercer su competencia **si uno o varios de los Estados siguientes** son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

- a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; **[o]**
- b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen²⁶.»

Como se puede evidenciar, el proyecto de artículo 21 difiere, y mucho, de su disposición equivalente en el Estatuto de Roma, que se basa estrictamente en el principio de territorialidad, aunque no excluyentemente. Pues, ya sabemos que el mismo es complementado por el principio de la nacionalidad del acusado o el

²³ UN Doc. A/49/10, p. 45, para. 6.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, p. 44, para. 1.

²⁶ Énfasis añadido. La conjunción coordinante ‘o’ es nuestra.

sospechoso del crimen. Según la formulación vigente del artículo 12.2, “la CPI no tendrá competencia en supuestos no consolidados conforme a dicha disposición, como es el caso de los crímenes cometidos en el Estado de la nacionalidad de la víctima o en el Estado de la aprehensión del acusado, cuyos tribunales nacionales serán competentes siempre frente a la Corte²⁷.” A *sensu contrario*, de la afirmación precedente resulta que la Corte tendrá competencia —al igual que la tendrían los propios tribunales nacionales del Estado Parte— sobre el Estado territorial donde se cometió la conducta, o el Estado de la nacionalidad del acusado. Para este caso, QUESADA ALCALÁ plantea que estaríamos ante una “colisión de jurisdicciones²⁸”.

Por tanto, recibimos positivamente la limitación de la discrecionalidad de los Estados sobre el funcionamiento de la Corte, a tan solamente esos dos Estados —el territorial y el de la nacionalidad—, ya que cualquier otra supeditación de la actividad judicial de la Corte a la voluntad de otros Estados se podría interpretar como una inhibición o parálisis más que aseguradas²⁹. Pues, cuantos más factores externos de interferencia, mayor hubiera sido la vulnerabilidad de aquélla.

Afortunadamente, el texto que fue finalmente adoptado en la Conferencia de Roma no plantea cumulativamente los nexos jurisdiccionales en el artículo 12, párrafo segundo, sino que lo hace selectivamente, esto es, ante la ausencia de uno, operaría el otro: el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta tendrá jurisdicción sobre el crimen siempre; y el Estado de la nacionalidad del acusado, cuyo consentimiento sería irrelevante en el caso de que no sea Parte en el Estatuto a los efectos del ejercicio de la competencia de la Corte.

En lo que concierne al Estado de la nacionalidad, resulta que el *principio de personalidad* determinará la extensión del Estatuto fuera de ámbito espacial de los Estados Partes. Ello permitiría que la Corte investigara y, en su caso, enjuiciara a un individuo que ha cometido un crimen en el territorio de un tercer Estado, pero al tratarse de un nacional de un Estado Parte, el artículo 12.2, letra b), permitiría

²⁷ QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 269.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ KAUL, H.-P., “La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia y su alcance”, en AMBOS, K. y GUERRERO, O.J., *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 213-231, at p. 218.

la proyección de su actividad jurisdiccional. Esto es, cualquier individuo nacional de una Parte confiere, *ipso facto*, competencia a la Corte para conocer de un crimen cometido por esa misma persona, ya sea en el territorio de un Estado Parte o en el territorio de un tercer Estado. Sin lugar a dudas, se trata de una situación muy delicada que podría dificultar innecesariamente la investigación *in situ*, puesto que el Estado territorial no estaría obligado a colaborar ni a cooperar con la Corte en la obtención de las pruebas relevantes. Sírvese de ejemplo al respecto, único hasta la fecha³⁰, el examen preliminar iniciado por la Fiscalía³¹ sobre los presuntos crímenes de guerra cometidos por ciudadanos del Reino Unido en el contexto del conflicto armado y la ocupación de Irak desde 2003 hasta 2008³². Por los efectos que produce la actuación jurisdiccional de la Corte en tales situaciones, podemos calificar el ejercicio de su competencia como de “extraterritorial³³”.

Además, los dos nexos jurisdiccionales alternativos del artículo 12.2 serían oponibles a los Estados no Partes en el Estatuto³⁴. En realidad, uno de los mayores opositores al nexo jurisdiccional basado en la territorialidad fueron los miembros de la Delegación norteamericana en la *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*. Ellos entendían, y de hecho lo entendieron bien, que la sola aceptación del Estatuto por

³⁰ A día 1 de mayo de 2019.

³¹ El examen preliminar de la situación en Irak, que finalizó inicialmente el 9 de febrero de 2006, se reabrió el 13 de mayo de 2014 al haberse recibido nuevas informaciones.

³² Los hechos en cuestión ocurrieron en el territorio de Irak, que sigue siendo un Estado no Parte en el Estatuto de Roma, y que tampoco ha aceptado la competencia de la Corte por medio de una declaración *ad hoc* en virtud del Art. 12.3. En cambio, el Reino Unido depositó su Instrumento de Ratificación el 4 de octubre de 2001. Por lo tanto, la Corte puede ejercer su jurisdicción sobre los crímenes del Estatuto de Roma cometidos en el territorio o por ciudadanos del Reino Unido a partir del 1 de julio de 2002. Según la Fiscalía, «in accordance with Article 12, acts on the territory of a non-State Party fall within the jurisdiction of the Court only when the person accused of the crime is a national of a State that has accepted jurisdiction (Article 12(2)(b)).» En consecuencia, la Corte no tiene jurisdicción respecto de las acciones de nacionales de Estados no Partes ejecutadas en el territorio de Irak. ICC, Office of the Prosecutor, *Office of the Prosecutor response to communications received concerning Iraq*, 9 February 2006, p. 3. Para la justificación legal de la intervención contra Irak por el Reino Unido, puede consultarse WARBRICK, C. y MCGOLDRICK, D., “The Use of Force Against Iraq”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, No. 3, 2003, pp. 811-814.

³³ Véase VAGIAS, M., *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 162-208, at pp. 183-184.

³⁴ Sobre los nacionales de los Estados no Partes y la jurisdicción de la Corte desde una perspectiva americana, véase WEDGWOOD, R., “The International Criminal Court: An American View”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 1999, pp. 93-107, at pp. 99 y ss. En respuesta a la contribución anterior, HAFNER, G., BOON, K., RÜBESAME, A. y HUSTON, J., “A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 1999, pp. 108-123, at pp. 115 y ss.

el Estado territorial hacía extensible la jurisdicción de la Corte al resto de Estados no Partes, en la medida en que sus propios nacionales quedaban expuestos ante aquélla sin haber consentido su instrumento constitutivo³⁵. En palabras de VACAS FERNÁNDEZ, “la nacionalidad de las personas no es un condicionante definitivo para la jurisdicción de la Corte³⁶.”

Por ello, los Estados Unidos propusieron que el Estado de la nacionalidad del acusado del crimen, pero no del acusado del crimen a que se refiere el artículo 12.2 en su letra b), sino del Estado tercero, debía tener un papel relevante, tal que debiera tener un derecho de veto sobre el procedimiento incoado por la Corte³⁷. En efecto, los Estados Unidos presentaron una propuesta, en virtud de la cual se exigía el consentimiento del Estado, en cuyo territorio se haya cometido el acto u omisión o, si se ha cometido el crimen a bordo de una nave o aeronave, el Estado de matrícula de esa nave o aeronave; y, **además**, del Estado de la nacionalidad del acusado del crimen³⁸. En este sentido fue expresada precisamente la posición de los Estados Unidos a la hora de consensuar el texto según se desprende de los *travaux préparatoires*, afirmando que el Estatuto debería supeditar la competencia de la Corte al previo consentimiento del Estado de la nacionalidad³⁹.

³⁵ Véase U.S. Congressional Findings 22 U.S. Code § 7421, 2 August 2002, para. 11 [Public Law 107-206, Title II, § 2002, Aug. 2, 2002, 116 Stat. 899]. «It is a fundamental principle of international law that a treaty is binding upon its parties only and that it does not create obligations for nonparties without their consent to be bound. The United States is not a party to the Rome Statute and will not be bound by any of its terms. The United States will not recognize the jurisdiction of the International Criminal Court over United States nationals.»

Office of General Counsel, United States Department of Defense, *Law of War Manual*, p. 1110, Sec. 118.20.3.1 (2015).

³⁶ VACAS FERNÁNDEZ, F., “El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por el Estado de Palestina: Un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 30, 2015, pp. 1-43, at p. 27.

³⁷ MÁRQUEZ CARRASCO, M.C., “Alcance de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: Jurisdicción universal o anexos jurisdiccionales aplicables”, en CARRILLO SALCEDO, J.A. (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 357-382, at pp. 368-369.

³⁸ Véase íntegramente la *Propuesta presentada por los Estados Unidos de América*, 14 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.70.

³⁹ «El Sr. SCHEFFER (Estados Unidos de América) dice que no acepta el concepto de competencia universal reflejado en el Estatuto ni tampoco el que se aplique el tratado a los Estados que no son partes, a los nacionales o funcionarios de esos Estados, o a los actos cometidos en sus territorios. La única manera de incluir en el régimen del Estatuto a los Estados que no sean partes es mediante las atribuciones obligatorias del Consejo de Seguridad en virtud de la Carta, y por esas razones el orador ha votado en contra del Estatuto.» Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Acta Resumida de la*

De forma paralela, junto a la propuesta sobre la inclusión del “Artículo 7” anterior, tenemos que considerar la relativa a la introducción del “Artículo 7 *ter*”, que fue posteriormente rechazada. Esta propuesta decía lo siguiente:

«En lo que se refiere a los Estados que no sean partes en el Estatuto, la Corte será competente respecto de los actos cometidos en el territorio de un Estado no parte, o cometidos por funcionarios o agentes de un Estado no parte en el desempeño de sus funciones oficiales y reconocidos por el Estado en cuanto tales, **solamente si el Estado o Estados de que se trate han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el presente artículo**⁴⁰.»

Este argumento ha sido descrito por autores como LEIGH y SCHEFFER como la principal objeción legal estadounidense (*the principal American legal objection*⁴¹), enmarcándose en la idea de que los ciudadanos estadounidenses, y, sobre todo, el personal de las Fuerzas Armadas, por tratarse del país con el despliegue militar más importante a escala mundial, podría verse involucrado en un procedimiento ante la Corte sin el consentimiento específico de los Estados Unidos. Significativo es, a este respecto, lo dicho por el Embajador SCHEFFER, Jefe de la Delegación de los Estados Unidos en la Conferencia de Roma⁴², en el sentido de que la Corte no puede ejercer su competencia sobre la base del principio de territorialidad porque un Estado (el Estado Parte territorial) no puede delegar su jurisdicción territorial para juzgar a una persona ante una jurisdicción internacional de la que el Estado de la nacionalidad del acusado no es parte⁴³.

Novena Sesión Plenaria celebrada en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, el viernes 17 de julio de 1998, a las 22.30 horas, UN Doc. A/CONF.183/SR.9, 25 de enero de 1999, p. 4, para. 28.

⁴⁰ Véase íntegramente la *Propuesta presentada por los Estados Unidos de América*, 16 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.90. La negrita es nuestra.

⁴¹ LEIGH, M., “The United States and the Statute of Rome”, *American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 1, 2001, pp. 124-131, at p. 126; SCHEFFER, D., “Letter to the Editors”, *American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 1, 2001, at p. 624, 625. Igualmente, BROWN, B., “U.S. Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 855-891.

⁴² DAVID SCHEFFER ha sido Embajador de los Estados Unidos para asuntos de crímenes de guerra en el período 1997-2001 (U.S. Ambassador-at-Large for War Crimes Issues).

⁴³ SCHARF, M.P., “The ICC’s Jurisdiction Over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 67-117, at p. 70. SCHEFFER, D., “The International Criminal Court: The Challenge of Jurisdiction”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 93, 1999, pp. 68-72. Este discurso se pronunció en la reunión anual de la Sociedad Americana de Derecho Internacional el 26 de marzo de 1999. Esta posición ha sido defendida posteriormente por otros académicos, como: LIETZAU, W.K., “International Criminal Law after Rome: Concerns from a U.S. Military Perspective”, *Law*

El Embajador se apoyó en la relatividad del Derecho Internacional cuando declaró en audiencia pública ante el Senado de los Estados Unidos. Allí manifestó que, como una cuestión de Derecho, la actuación de la Corte sobre los nacionales de terceros Estados, sin su consentimiento expreso, mencionando explícitamente a las Fuerzas Armadas Americanas que operan en el extranjero, sería contraria a los principios más fundamentales del Derecho de los Tratados⁴⁴. Para los Estados Unidos, un Estado no puede delegar unilateralmente su jurisdicción a la Corte y vincular indirectamente, mediante la comisión de un crimen en su territorio, a un tercer Estado.

Este fue uno de los motivos, sino el más importante, por el cual los Estados Unidos se opusieron a la idea de una Corte Penal Internacional en su modalidad vigente. A pesar de todo, el Presidente Bill CLINTON ordenó la firma del Estatuto de Roma el 31 de diciembre de 2000; firma que fue posteriormente retirada por la Administración del Presidente George W. BUSH⁴⁵. Incluso, en una declaración pronunciada el mismo día de la firma, el Presidente Clinton dijo que, en vista de las “deficiencias no reparadas” del Estatuto: “I will not, and do not recommend

and Contemporary Problems, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 119-140; LOHR, M.F. y LIETZAU, W.K., “One Road Away from Rome: Concerns Regarding the International Criminal Court”, *United States Air Force Academy Journal of Legal Studies*, Vol. 9, 1998-1999, pp. 33-58; MORRIS, M., “High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 13-66, at p. 26; SCHEFFER, D., “The United States and the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999, pp. 12-22, at p. 18; SMIDT, M.L., “The International Criminal Court: An Effective Means of Deterrence?”, *Military Law Review*, Vol. 167, 2001, pp. 156-240, at p. 202.

⁴⁴ Declaración de David J. SCHEFFER: «Not only is this contrary to the most fundamental principles of treaty law, it could inhibit the ability of the United States to use its military to meet alliance obligations and participate in multinational operations, including humanitarian interventions to save civilian lives. Other contributors to peacekeeping operations will be similarly exposed.» Vid. “Statement of Hon. David J. Scheffer, Ambassador-at-Large for War Crimes Issues; Accompanied by Mary Ellen Warlow, U.S. Department of Justice”, en *Is a U.N. International Criminal Court in the U.S. National Interest?*, *Hearing before the Subcommittee on International Operations of the Committee on Foreign Relations, United States Senate, One Hundred Fifth Congress, Second Session, July 23, 1998*, S. Hrg. 105-724; Senate Hearing 105-724, pp. 10-28, at p. 13.

⁴⁵ En una Comunicación de 6 de mayo de 2002, el Gobierno de los Estados Unidos de América informó al Secretario General de las Naciones Unidas, en su capacidad de depositario del Estatuto de Roma, de lo siguiente: «This is to inform you, in connection with the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on July 17, 1998, that the United States does not intend to become a party to the treaty. Accordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000. The United States requests that its intention not to become a party, as expressed in this letter, be reflected in the depositary’s status lists relating to this treaty.» [Depositary Notification Reference: C.N.434.2002.TREATIES-21]. Esta Comunicación se entiende como una retirada formal de la firma del Estatuto, mediante la cual se hacía constar que en ningún caso los Estados Unidos tenían la intención de ratificar el tratado.

that my successor submit the Treaty to the Senate for advice and consent until our fundamental concerns are satisfied⁴⁶". A nadie escapa que se trataba, en aquel entonces y ahora, de una relación imposible.

En consecuencia, podemos afirmar que, a partir de la entrada en vigor del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002, cualquier individuo en cualquier parte del mundo, con tal de que se trate de un Estado Parte, está expuesto a la jurisdicción de la Corte de forma automática, salvo que el Consejo de Seguridad decida actuar en el marco del Capítulo VII, suspendiendo la investigación o el enjuiciamiento ante la Corte⁴⁷. El Embajador SCHEFFER lo contextualiza de esta manera:

«Under Article 12, the ICC may exercise such jurisdiction over anyone, anywhere in the world, even in the absence of a referral by the Security Council, if either the state of the territory where the crime was committed or the state of nationality of the accused consents⁴⁸.»

Incluso, aquél llegó a calificar de irónico que el Estatuto de Roma exponga a los Estados no Partes de tal modo que ni siquiera las mismas Partes lo estarían⁴⁹. No obstante, nosotros pensamos que es precisamente la jurisdicción territorial la que hace que la Corte sea un instrumento muy poderoso en términos de justicia material a disposición de la Comunidad internacional, como ninguno antes de su adopción. Se trata de una creación revolucionaria en la medida en que el Estatuto no supedita el ejercicio de dicha competencia al previo consentimiento del Estado de la nacionalidad del acusado, bastando con que el autor cometa la conducta en un territorio integrado en el sistema.

2.2. La soberanía estatal y la concepción jurídico-penal de territorio donde «haya tenido lugar la conducta de que se trate»

⁴⁶ U.S. Congressional Findings 22 U.S. Code § 7421, 2 August 2002, para. 6 [Public Law 107-206, Title II, § 2002, Aug. 2, 2002, 116 Stat. 899].

⁴⁷ Nos referiremos al Art. 16 del Estatuto de Roma, más detenidamente, en el apartado sobre las limitaciones a la competencia de la Corte cuando actúa sobre los nacionales de Estados no Partes.

⁴⁸ SCHEFFER, D., "U.S. Policy and the International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, No. 3, 1999, pp. 529-534, at p. 533.

⁴⁹ *Ibid.*

Siguiendo la terminología estatutaria, el que la conducta típica haya tenido lugar en el territorio de un Estado Parte, es una condición “previa” para que la Corte pudiera ejercer su competencia. Ahora bien, cuando el Estatuto de Roma prescribe que el crimen se haya cometido en ese territorio (estatutario), no regula de manera expresa la problemática que puede suscitarse a partir de su aplicación en el espacio. De ahí que, esta ausencia reglamentaria de las múltiples situaciones territoriales que pueden plantearse en la práctica nos obliga a dar un paso firme para su concreción desde el punto de vista jurídico-internacional, e incluso desde la perspectiva de la dogmática penal sobre la territorialidad de la conducta típica. Pues, la referencia genérica al “territorio” en el ámbito del Estatuto es insuficiente para comprender su alcance. Entendemos que semejante cuestión no presentaría problemas si no fuese por qué el acusado del crimen fuera un individuo nacional de un Estado no Parte, actuando contrariamente al Estatuto en el territorio de un Estado Parte.

En términos generales, en el ámbito del Derecho Penal positivo opera de forma prevalente el *principio de territorialidad*, aunque no se excluye la aplicación de otras reglas de carácter extraterritorial, con el fin de garantizar la plenitud del *ius puniendi* estatal. Entre los otros principios complementarios podemos destacar los siguientes: el *principio de personalidad*, el *principio real o de protección*, el *principio universal* — que en nuestra disciplina conocemos como el principio de jurisdicción universal dirigido a proteger intereses defendidos colectivamente por todos los Estados de la Comunidad internacional⁵⁰ —.

En palabras de MIR PUIG, “[e]l fundamento del principio de territorialidad debe verse en el interés del Estado en el mantenimiento del orden público dentro del territorio en que ejerce su soberanía⁵¹.” En efecto, a través de este principio se pretende localizar una actividad criminal dentro del territorio de un Estado Parte, es decir, dentro de las fronteras del propio Estado donde éste tiene competencias omnímodas. He aquí aparece un nuevo concepto como es el de la *soberanía* del Estado sobre su territorio, tratándose del conjunto de competencias que el Estado

⁵⁰ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid: Dykinson, 2ª ed., 2010, pp. 269-294, en especial pp. 270 y ss.

⁵¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Reppertor, 8ª ed., 2006, p. 55, para. 42.

ejerce con exclusividad y plenitud en el ámbito espacial interno de su territorio y sobre todas las personas que se encuentren en él, es decir, tanto nacionales como extranjeras. Además, el Estado ejerce esas competencias territoriales y personales de forma independiente al resto de Estados. Como lo decía SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “[l]a soberanía es un atributo que el ordenamiento internacional reconoce de modo exclusivo a los Estados y para ello es necesario que sean independientes⁵²”. Es más, cualquier injerencia externa o intromisión en los asuntos de orden interno del Estado donde haya tenido lugar la conducta típica, podría considerarse como una intervención contraria a la luz del Derecho Internacional⁵³.

Siguiendo la línea de LÓPEZ MARTÍN, las *competencias territoriales*, como una manifestación de la soberanía del Estado, comparten tres características o rasgos comunes en cuanto a su ejercicio: la exclusividad, la plenitud y la inviolabilidad⁵⁴. Estos elementos deben entenderse en el sentido de que el Estado territorial ejerce sus competencias con exclusión y discrecionalidad a los demás Estados, y además de forma inviolable, dado que estas funciones son oponibles a los terceros⁵⁵. Entre tales competencias territoriales, destaca la competencia de los tribunales internos del Estado para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado sobre las personas y bienes que se encuentren en su territorio.

En virtud del principio de territorialidad en el ámbito interno de un Estado Parte, por ejemplo, de España, se aplicará la ley penal española a todos los hechos antijurídicos, culpables y típicos dentro del territorio nacional⁵⁶. En el ámbito de

⁵² GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Thomson Civitas, 4ª ed. rev., 2008, p. 426. En este mismo sentido, véase CRAWFORD, J., “Sovereignty and Law”, en “Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 365, 2013, pp. 9-390, at pp. 70-89.

⁵³ AGNU, Resolución 36/103, de 9 de diciembre de 1981, *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados* [UN Doc. A/RES/36/103].

⁵⁴ LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Las competencias del Estado sobre el territorio y el espacio aéreo”, en LÓPEZ MARTÍN, A.G. (ed.), *Derecho Internacional Público*, Madrid: Dilex, 4ª ed., 2016, pp. 289-318, pp. 294 y ss.

⁵⁵ Sobre la obligación de respetar la soberanía de todo Estado en virtud del Derecho Internacional y la oponibilidad de las competencias territoriales, volveremos más tarde en el epígrafe 3.1.

⁵⁶ Sobre los límites espaciales del Derecho Penal español, véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 54-58. De esta manera lo contempla el Art. 8.1 del Código Civil español cuando establece que «[l]as leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.» Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil [BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889]. Además, el Art. 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, declara que: «En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento

la CPI, una vez delegado el ejercicio del *ius puniendi* estatal, la territorialidad debe entenderse como la aplicación del Estatuto de Roma a toda conducta constitutiva de uno de los crímenes de la lista del artículo 5, como si éste se hubiere cometido según el Derecho Penal sustantivo de ese Estado. Ello significa que el Estatuto se aplicaría a todos los hechos delictivos que hayan tenido lugar dentro del espacio geográfico sometido a la *soberanía territorial* del Estado Parte⁵⁷. En estos supuestos resultaría completamente irrelevante la nacionalidad del acusado⁵⁸ o los intereses legítimos que pudiera manifestar su Estado, y sin que importe la nacionalidad de la víctima.

Por lo que se refiere estrictamente al territorio donde haya tenido lugar la conducta, este lugar se conoce en la doctrina penalista bajo la máxima latina del *forum delicti commissi*. Mediante esta expresión, se hace referencia a la proximidad o vinculación entre el territorio y el crimen cometido, con el fin de fundamentar, desde un punto de vista jurídico, la competencia del órgano jurisdiccional por las mejores condiciones en las que se encuentra, dada la proximidad de la conducta, para obtener las pruebas relevantes, investigar y enjuiciar al acusado del crimen, con el adecuado conocimiento de todas las circunstancias concurrentes⁵⁹.

Teniendo en cuenta que el *ius puniendi* corresponde al Estado donde haya tenido lugar la conducta —el *Estado con jurisdicción*—, su alcance debe extenderse

de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, *sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.*» Énfasis añadido. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [BOE, núm. 157, de 2 de julio de 1985].

⁵⁷ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General...*, op. cit., pp. 270-271.

⁵⁸ Sobre esta cuestión, véase generalmente: AKANDE, D., "The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 3, 2003, pp. 618-650, at pp. 620 y ss.; DANILENKO, G.M., "ICC Statute and Third States", en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. II, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 1871-1897; MÉGRET, F., "Epilogue to an Endless Debate: The International Criminal Court's Third Party Jurisdiction and the Looming Revolution of International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 2, 2001, pp. 247-268; RONEN, Y., "The International Criminal Court and Nationals of Non-Party States", en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 83-110; SCHABAS, W.A. y PECORELLA, G., "Article 12", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, p. 678, para. 10.

⁵⁹ Puede consultarse sobre el lugar de comisión de la conducta criminal MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General...*, op. cit., pp. 269-294.

a todo el territorio bajo su soberanía y/o jurisdicción⁶⁰. No obstante, como queda claro, la territorialidad de la acción penal no debe concebirse como un principio en términos absolutos, dado que existen supuestos en los que el Estado territorial no puede ejercer la misma. Derivado de la idea anterior, podemos afirmar que la eficacia territorial del Estatuto de Roma permite a la Corte localizar su actividad criminal mediante la delimitación de su competencia *ratione loci* sobre la base de las consecuencias o la ubicuidad, con arreglo al Derecho Internacional. Aunque, nunca se podrían sobrepasar los confines territoriales sometidos a la jurisdicción de un Estado Parte, dentro de los cuales su derecho a ejercer jurisdicción descansa en su soberanía territorial, aparte de que sirven como una especie de indicadores u orientadores de la competencia territorial de la Corte.

Por ello, más que de una amenaza a la soberanía, como decían los Estados Unidos, en palabras de SCHABAS el ejercicio de la jurisdicción penal por un Estado sobre una persona dentro de su territorio es un acto soberano, es decir, constituye una manifestación de soberanía estatal⁶¹, aunque, en nuestro caso, ese ejercicio es compartido con la Corte por voluntad propia⁶². En cualquier caso, el principio de soberanía estatal es un principio estructural del Derecho Internacional, reforzado por el principio de no intervención⁶³, con el objeto de garantizar que el Estado en cuestión pueda ejercer un control efectivo y exclusivo sobre su propio territorio.

En concreto, el soporte físico de la soberanía del Estado es el territorio, esto es el ámbito espacial, material y superficial sobre el que aquél ejerce sus funciones soberanas. A partir de esta realidad jurídica, tenemos que concretar el *concepto de territorio* según su significado en el Derecho Internacional. El territorio sujeto a la soberanía de un Estado comprende, naturalmente, los siguientes espacios: el

⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal Español. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2016, pp. 72 y ss. [Recurso electrónico].

⁶¹ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 286.

⁶² A la cuestión de la competencia territorial o *ratione loci* de la Corte nos referimos en términos generales en el Capítulo I, epígrafe 2.4.

⁶³ AGNU, Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, sobre la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* [UN Doc. A/RES/2625(XXV)], p. 131.

espacio terrestre, el espacio marítimo y el espacio aéreo suprayacente, además de los buques y las aeronaves.

De ahí que, de la formulación del artículo 12.2, letra a), se pueden deducir varias premisas: i) la conducta se puede haber originado en la superficie terrestre, en el mar territorial o en el espacio aéreo suprayacente a ambos espacios (*principio de territorialidad*); o ii) a bordo de un buque o de una aeronave, en cuyo caso sería relevante para determinar la jurisdicción competente, para los buques, el Estado del pabellón, y para las aeronaves, el Estado de matrícula (*principio del pabellón*).

Desde un punto de vista más estricto, el término *territorio* puede definirse como la extensión terrestre comprendida dentro de las fronteras geográficas del Estado, reconocidas internacionalmente. Aunque, como se ha pronunciado la CIJ, no es necesario que dichas fronteras terrestres estén “completamente delimitadas y definidas⁶⁴”. En este momento, nos parece pertinente remitirnos a las palabras de SCHABAS, quien argumenta en relación con la afirmación anterior lo siguiente: “[t]here is no requirement that the territorial jurisdiction conferred upon the Court by ratification or accession is limited to territory over which a State actually exercises effective control⁶⁵.” El autor da como ejemplo la ratificación del Estatuto de Roma por la República de Chipre⁶⁶, diciendo que tal acto confiere jurisdicción territorial a la Corte para conocer de una conducta que tenga lugar en el territorio de Chipre, incluyendo la parte norte de la isla, a pesar de que dicho territorio está ocupado por Turquía desde 1974, constituyendo la República Turca del Norte de Chipre⁶⁷. Además, afirma el autor, el mismo resultado finalista podría predicarse

⁶⁴ ICJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, *ICJ Reports* 1969, p. 3, at p. 32, para. 46.

⁶⁵ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 285.

⁶⁶ La República de Chipre firmó el Estatuto de Roma el 15 de octubre de 1998 y lo ratificó el 7 de marzo de 2002, convirtiéndose en el 55º Estado Parte. El Parlamento chipriota aprobó el proyecto de ley de ratificación el 28 de febrero de 2002, que fue posteriormente firmado por el Presidente de la República, antes de depositar el instrumento en poder del Secretario General de las Naciones Unidas [Depositary Notification Reference: C.N.267.2002.TREATIES-7].

⁶⁷ Véanse las resoluciones del CSNU: Resolución 541 (1983), de 18 de noviembre de 1983, UN Doc. S/RES/541 (1983); Resolución 550 (1984), de 11 de mayo de 1984, UN Doc. S/RES/550 (1984). En la primera resolución, el Consejo de Seguridad «[e]xhorta a todos los Estados a que no reconozcan ningún Estado chipriota que no sea la República de Chipre» (para. 7) y pide que dichos Estados «respeten la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el carácter no alineado de la República de Chipre» (para. 6).

respecto de las dos bases militares controladas por el Reino Unido en el territorio, aunque este último es un Estado Parte del Estatuto, a diferencia de Turquía. Otros ejemplos de territorios que no están bajo el control efectivo del Estado matriz son, por ejemplo, los Altos del Golán en Siria, territorio ocupado por Israel desde 1967 al término de la Guerra de los Seis Días. Igualmente, la Base Naval de la Bahía de Guantánamo como territorio bajo el control efectivo de los Estados Unidos, cuya soberanía ha sido reclamada por Cuba. Dado que ninguno de estos Estados forma parte del Estatuto, existen dos vías para que Corte pudiera intervenir sobre estos territorios “extraestatutarios”: que el crimen se hubiere cometido por el nacional de algún Estado Parte, o si finalmente decide intervenir el Consejo de Seguridad, independientemente de la nacionalidad del acusado y del estatus jurídico de los territorios anteriores.

Dentro de esta concepción amplia de territorio, hace falta incluir también a los acuíferos, lagos, ríos, islas, dado que se trata de espacios terrestres sometidos a la soberanía exclusiva del Estado⁶⁸. En todos ellos se aplicarán las leyes penales y de policía del Estado territorial, incluyendo el propio Estatuto de Roma. De esta manera, podemos afirmar que ningún espacio escapa de la soberanía del Estado, aunque sí de su jurisdicción en los casos estipulados por el Derecho Internacional. Nos referimos con esto último a las legaciones diplomáticas extranjeras, sobre las que el Estado del foro no puede ejercer su jurisdicción⁶⁹. El espacio territorial que ocupan los edificios destinados a consulados y embajadas, incluida la residencia particular del agente diplomático, forman parte integrante del territorio español. Por ello, no es correcta la aseveración de que tales legaciones no forman parte del territorio nacional. Esto no es más que una falacia. España no pierde su soberanía sobre dichos territorios al haber ratificado la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* de 18 de abril de 1961, o bien la *Convención de Viena sobre Relaciones*

⁶⁸ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General...*, op. cit., p. 271.

⁶⁹ *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, de 18 de abril de 1961 [UNTS, Vol. 500, p. 162]. La Convención entró en vigor de forma general el 24 de abril de 1964. España se adhirió el 21 de noviembre de 1967 [BOE, núm. 21, de 24 de enero de 1968]. De conformidad con el Art. 22.1, «[l]os locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión.» El Art. 22 se refiere a la inviolabilidad de los locales de la misión, y el Art. 30 regula la inviolabilidad de la residencia particular del agente diplomático, afirmando en su párrafo primero que «[l]a residencia particular del agente diplomático goza de la misma inviolabilidad y protección que los locales de la misión.»

Consulares de 24 de abril de 1963⁷⁰. Una cosa es la soberanía territorial del Estado receptor y otra muy distinta es que dicho Estado no pueda ejercer su jurisdicción criminal en el espacio que ocupa la misión diplomática o consular⁷¹. Ello ocurre porque es el propio Estado quien ha renunciado a su potestad jurisdiccional de forma libre y voluntaria⁷².

Por consiguiente, no hay duda de que las sedes diplomáticas y consulares extranjeras situadas en España forman parte integrante del territorio español. Por tanto, en principio, la lógica induce a pensar que los crímenes cometidos en esos edificios o lugares quedan sujetos a la acción de la ley penal española. Ahora bien, se trata de espacios protegidos por el Derecho Internacional, quedando excluidos de la jurisdicción penal del Estado territorial. Todo ello a tenor de los artículos 22 y 30 de la CVRD, relativos a la inviolabilidad de los locales de la misión y a la inviolabilidad de la residencia particular del agente, respectivamente. La entrada en estos lugares, incluso a instancia judicial, precisa del consentimiento del Jefe de la misión diplomática. Y, en cuanto a la CVRC, resulta de aplicación el artículo 31 de la misma, relativo a la inviolabilidad de los locales consulares.

Como es bien sabido, la soberanía de un Estado ribereño se proyecta más allá de su superficie terrestre y de sus aguas interiores, extendiéndose a la franja de mar adyacente, designada con el nombre de *mar territorial*. En lo que respecta a este espacio marítimo, se entiende por tal la zona marítima adyacente a la costa. A la luz del párrafo segundo del artículo 2 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* de 10 de diciembre de 1982 (CNUDM⁷³), la soberanía del

⁷⁰ *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, de 24 de abril de 1963 [UNTS, Vol. 596, p. 392]. La Convención entró en vigor de forma general el 19 de marzo de 1967. España se adhirió el 3 de febrero de 1970 [BOE, núm. 56, de 6 de marzo de 1970]. En este caso resulta de aplicación el Art. 31, sobre la inviolabilidad de los locales consulares.

⁷¹ Resulta destacable la previsión del Art. 559 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que establece así: «Para la entrada y registro en los edificios destinados a la habitación u oficina de los representantes de naciones extranjeras acreditadas cerca del Gobierno de España, les pedirá su venia el Juez, por medio de atento oficio, en el que les rogará que contesten en el término de doce horas.» Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal [Gaceta, de 17 de septiembre de 1882].

⁷² Recordemos que «[e]l establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo», según dispone el Art. 2 de la CVRD.

⁷³ *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, de 10 de diciembre de 1982. La misma está en vigor desde el 16 de noviembre de 1994 [UNTS, Vol. 1833, No. 31363, p. 3]. España ratificó

ribereno “se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar⁷⁴.” Según el Derecho español, “[d]icha soberanía se ejerce, de conformidad con el Derecho Internacional, sobre la columna de agua, el lecho, el subsuelo y los recursos de ese mar, así como el espacio aéreo suprayacente⁷⁵.”

En términos generales, los espacios marítimos sometidos a la soberanía del Estado ribereño son las aguas interiores y el mar territorial, considerados a todos los efectos territorio nacional, extendiéndose su jurisdicción a la Zona Contigua y a la Zona Económica Exclusiva.

Ahora bien, una cosa que debemos clarificar es que el Estado ribereño será competente y, por ende, la Corte tendría jurisdicción para investigar cualquiera de sus crímenes, si la conducta delictiva se comete dentro de las 12 millas náuticas desde el punto más próximo de la línea de base normal, esto es, desde la línea de bajamar a lo largo de la costa⁷⁶. Por su parte, si el crimen se comete dentro de un buque o de una aeronave — si se tratase de buques mercantes y buques de Estado destinados a fines comerciales —, aun cuando se encuentren físicamente en aguas territoriales, espacio territorial de soberanía del ribereño, en este caso se aplicará el *principio del pabellón* y no el principio de territorialidad que hemos visto hasta ahora. En este sentido se pronuncia el artículo 27.1 de la CNUDM, señalando que: “[l]a jurisdicción penal del Estado ribereño no debería ejercerse a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial para detener a ninguna persona o realizar ninguna investigación en relación con un delito cometido a bordo de dicho buque durante su paso”. No obstante, dicha regla no debe entenderse como una norma absoluta, ya que está sujeta a determinadas excepciones⁷⁷, ni tampoco

la Convención por instrumento de 20 de diciembre de 1996, entrando en vigor para nuestro país el 14 de febrero de 1997 [BOE, núm. 39, de 14 de febrero de 1997].

⁷⁴ Art. 2: *Régimen jurídico del mar territorial, del espacio aéreo situado sobre el mar territorial y de su lecho y subsuelo*.

⁷⁵ Artículo primero, párrafo segundo de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre Mar Territorial [BOE, núm. 7, de 8 de enero de 1977], que establece para España, siguiendo al Derecho Internacional, la soberanía territorial sobre el mar territorial.

⁷⁶ Véanse los Arts. 3, 4 y 5 de la CNUDM sobre la anchura, límite exterior y la línea de base normal del mar territorial. En este mismo sentido, puede consultarse la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre Mar Territorial.

⁷⁷ La regla del párrafo primero del Art. 27 de la CNUDM *no se aplicará* en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño;
- b) Cuando el delito sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial;

afectará al derecho del ribereño a tomar cualquier medida dispuesta por sus leyes “para proceder a detenciones e investigaciones a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial procedente de aguas interiores⁷⁸.” Para el supuesto de que se trate de buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales, éstos se benefician de inmunidad jurisdiccional según dispone el artículo 32 de la CNUDM⁷⁹. Por lo tanto, el Estado ribereño no podría detener a ninguna persona, ni tampoco realizar una investigación, en relación con un delito cometido a bordo de dicho buque durante su paso por su mar territorial⁸⁰. Esta norma sobre la inmunidad de los buques de guerra, entendemos, obliga también y en la misma extensión a la propia Corte, salvo que ésta “obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad⁸¹.”

Como consecuencia del *principio del pabellón* —el pabellón que enarbola el buque o la aeronave—, la jurisdicción del Estado de la nacionalidad se extendería extraterritorialmente al bordo del buque (*Estado del pabellón* en sentido estricto) o al bordo de la aeronave (*Estado de matrícula*). Adicionalmente, dado que el Estado es también Parte en el Estatuto de Roma, se aplicaría la “ley penal estatutaria” al bordo del buque o la aeronave.

Así, podemos referirnos a la comisión de un crimen internacional en la alta mar, donde tiene jurisdicción para conocer de la causa el Estado del pabellón. En virtud del artículo 92 de la CNUDM, sobre la condición jurídica de los buques, “[l]os buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en la alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho

c) Cuando el capitán del buque o un agente diplomático o funcionario consular del Estado del pabellón hayan solicitado la asistencia de las autoridades locales; o

d) Cuando tales medidas sean necesarias para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Según este artículo: «Con las excepciones previstas en la subsección A y en los artículos 30 y 31, ninguna disposición de esta Convención afectará a las inmunidades de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales.»

⁸⁰ El Art. 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española establece: «En los buques extranjeros de guerra, la falta de autorización del Comandante se suplirá por la del Embajador o Ministro de la nación a que pertenezcan.»

⁸¹ Según dispone el Art. 98.1 del Estatuto de Roma sobre la cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega.

Estado.⁸² De ahí, esta circunstancia nos permite hablar de una ausencia absoluta de soberanía territorial en los espacios de la alta mar, sometidos a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón.

Por último, en lo que respecta al *espacio aéreo* suprayacente a la superficie terrestre y al mar territorial, el mismo se entiende conformado por la columna de aire que se proyecta sobre dichos espacios de soberanía estatal. Sin embargo, el problema fundamental que se plantea en torno al mismo es la delimitación exacta entre el *espacio aéreo territorial* y el *espacio ultraterrestre*, porque ambos se vinculan a regímenes jurídicos diferentes, que nos llevan también a conclusiones distintas, como vamos a ver a continuación.

En primer lugar, para el espacio aéreo territorial, el artículo 1 del *Convenio sobre Aviación Civil Internacional* de 7 de diciembre de 1944⁸³ dispone textualmente que “todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio.” A los efectos del Convenio, el territorio estatal comprenderá “las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentren bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado⁸⁴.” En segundo lugar, para el espacio ultraterrestre, el artículo II del *Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes* de 19 de diciembre de 1966⁸⁵ establece que “[e]l espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera.”

De esta manera, a partir de estas dos manifestaciones normativas, más que de una libertad del aire o de una soberanía plena sobre el aire, procede hablar de la *teoría de las zonas aéreas*, en virtud de la cual el espacio aéreo se dividirá en dos

⁸² Pueden consultarse, igualmente, los Arts. 87, 90 y 91 de la CNUDM.

⁸³ *Convenio sobre Aviación Civil Internacional*, de 7 de diciembre de 1944 [UNTS, Vol. 740, No. 10612, p. 49]. El Convenio entró en vigor el 4 de abril de 1947 y fue ratificado por España por instrumento de 18 de marzo de 1969, entrando en vigor para nuestro país el 24 de octubre de 1968 [BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1969].

⁸⁴ Según dispone el Art. 2 del *Convenio sobre Aviación Civil Internacional*.

⁸⁵ *Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes* [AGNU, Resolución 2222 (XXI), UN Doc. A/RES/2222(XXI)], aprobado el 19 de diciembre de 1966 y abierto a la firma el 27 de enero de 1967. El Tratado entró en vigor el 10 de octubre de 1967.

zonas⁸⁶. Por un lado, está la *zona del espacio aéreo territorial*, sobre la que el Estado tendrá soberanía exclusiva y plena, lo cual implica la aplicación de su legislación penal y de policía sobre la columna de aire que cubra su propio territorio y el mar territorial. Por otro lado, está la *zona del espacio ultraterrestre*, sobre la que ningún Estado podrá reivindicar soberanía ni apropiarse de ella. Entonces, en ausencia de soberanía, ante la comisión de un crimen se aplicaría la jurisdicción del Estado de registro del vehículo espacial.

Partiendo de esta separación por zonas, resulta imprescindible determinar hasta dónde se extiende la primera zona y a partir de dónde comienza la segunda, una cuestión sobre la que el Tratado guarda silencio. No obstante, siguiendo a un criterio científico-geográfico, podemos establecer la separación objetiva entre los dos espacios sobre la base de la altitud de la atmósfera terrestre, situada en unos 80-100 kilómetros de altitud. A partir de allí se extenderá el espacio ultraterrestre. De esta manera, entendemos que un crimen cometido a bordo de una aeronave, aun cuando se encuentre en el espacio aéreo de soberanía de otro Estado, se regirá por la jurisdicción penal del Estado de matrícula⁸⁷. Y, admitiendo la virtualidad de que un hecho delictivo se cometa a bordo de un vehículo espacial, en este caso el Estado con jurisdicción sería el Estado de registro. En definitiva, si el crimen se hubiese cometido en una aeronave atravesando el espacio aéreo situado sobre el territorio de un Estado —el espacio suprayacente a la superficie terrestre y al mar territorial—, sin perjuicio de que ese espacio está sometido a la soberanía plena y exclusiva de dicho Estado, la conducta se regirá por la jurisdicción del Estado de matrícula.

A modo de conclusión, podemos afirmar que los nacionales de un Estado no Parte en el Estatuto de Roma, que se encuentren presentes y cometan alguno de los crímenes de la competencia de la Corte en alguno de los espacios anteriores sujetos a la soberanía o a la jurisdicción de una Parte, estarían expuestos a la letra del Estatuto a los efectos de su responsabilidad penal individual. Sin embargo, ello no ocurrirá si se les considere presuntos responsables del crimen de agresión.

⁸⁶ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General...*, op. cit., pp. 272-273.

⁸⁷ El Art. 17 del *Convenio sobre Aviación Civil Internacional* establece que «[l]as aeronaves tendrán la nacionalidad del Estado en que estén matriculadas.»

Para estos casos, el artículo 15 *bis*, que regula el ejercicio de la competencia de la Corte respecto del *crimen de agresión* por remisión de un Estado o del Fiscal *proprio motu*, se encarga de establecer que “la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado [no Parte] o en el territorio del mismo⁸⁸.”

2.3. La aplicación del artículo 12.2 a) en la práctica judicial de la Corte Penal Internacional

A lo largo de este apartado vamos a centrarnos en tres situaciones que se encuentran actualmente abiertas ante la Corte Penal Internacional, puesto que las mismas sirven de soporte al estudio de la territorialidad de la conducta criminal, esto es, ilustran claramente la atribución de jurisdicción territorial a la Corte para investigar los crímenes perpetrados por los nacionales de Estados terceros en el territorio de un Estado Parte. En particular, en este caso hemos seleccionado para su tratamiento las situaciones en Afganistán, Bangladesh/Myanmar y Palestina, por constituir la práctica judicial más reciente y reveladora de la Corte sobre esta materia.

2.3.1. La situación de Afganistán ante la Corte Penal Internacional

Por lo que se refiere a la aplicación práctica de la norma que nos ocupa en este capítulo, resulta destacable la actividad judicial de la Corte sobre el territorio de la República Islámica de Afganistán (Afganistán), Estado Parte en el Estatuto de Roma desde el 10 de febrero de 2003⁸⁹. En consecuencia, la Corte puede ejercer

⁸⁸ En concreto, se trata del párrafo quinto del Art. 15 *bis* del Estatuto de Roma. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte: ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber III, “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Red, para. 44.

⁸⁹ La República Islámica de Afganistán depositó su instrumento de adhesión al Estatuto de Roma el 10 de febrero de 2003 [Depositary Notification Reference: C.N.142.2003.TREATIES-2]. De ahí

su jurisdicción sobre los crímenes del artículo 5, cometidos en el territorio afgano o por los nacionales de Afganistán, a partir del 1 de mayo de 2003 en adelante. A los efectos de este epígrafe, nos interesa la primera de las situaciones planteadas fundada en la territorialidad de la conducta típica.

La posición de la Corte sobre los efectos que produce el artículo 12.2 a) del Estatuto de Roma en relación con los nacionales de Estados no Partes afectados por sus actuaciones judiciales, ha quedado definitivamente más clara después de la solicitud de autorización (*Requête*) formulada por la Fiscalía el 20 de noviembre de 2017, de conformidad con el artículo 15⁹⁰. Entre los crímenes presuntamente cometidos en el territorio de Afganistán, y que motivaron la petición de la Fiscalía para proceder con la investigación⁹¹, destacan fundamentalmente los *crímenes de lesa humanidad* —entre otros, los tipos de asesinato; encarcelación u otra privación grave de la libertad física— y los *crímenes de guerra* —como los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura⁹²; los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes⁹³; los ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades⁹⁴—.

Todos estos crímenes han sido presuntamente cometidos *en el territorio de Afganistán* a lo largo de sus 34 provincias, siendo Kandahar y Helmand las zonas más afectadas⁹⁵. A este respecto cabe destacar, desde una perspectiva más precisa de la competencia *ratione loci*, que la Corte tiene jurisdicción no solamente cuando la conducta típica se haya completado, total o parcialmente, dentro del territorio

que, la Corte puede ejercer su jurisdicción sobre los crímenes enumerados en el Estatuto de Roma, cometidos en el territorio de Afganistán o por sus nacionales a partir del 1 de mayo de 2003.

⁹⁰ Recordemos que cuando la Fiscalía decide actuar *ex officio* sobre una determinada situación, el Art. 15.3 del Estatuto prescribe la necesidad de presentar ante la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para abrir formalmente la investigación. En este sentido, véase ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber III, “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Red.

⁹¹ Sobre los crímenes bajo la competencia de la Corte presuntamente cometidos en el territorio de Afganistán, véase ICC-02/17-7-Red, para. 42.

⁹² Art. 8, párrafo segundo, letra c), inciso i).

⁹³ Art. 8, párrafo segundo, letra c), inciso ii).

⁹⁴ Art. 8, párrafo segundo, letra e), inciso i).

⁹⁵ ICC-02/17-7-Red, para. 43.

de un Estado Parte, sino que la misma conclusión se alcanzaría si la conducta se hubiese iniciado en el territorio de ese Estado Parte y continuado o perfeccionado después en el territorio de un Estado no Parte, o viceversa⁹⁶.

En lo que concierne al elemento personal de la situación en Afganistán, el examen preliminar previo a la solicitud de investigación se centró en los crímenes presuntamente cometidos en el contexto del *conflicto armado no internacional* entre las fuerzas progubernamentales y las fuerzas antigubernamentales⁹⁷. Ahora bien, la parte más intrigante de la exposición que hace la Fiscalía en su escrito es la que se refiere a las *personas nacionales de Estados no Partes*, y muy particularmente a un destacamento; el constituido por el personal militar estadounidense. En efecto, la Fiscalía se propuso investigar los actos presuntamente cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos y miembros de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) en el contexto del conflicto armado no internacional, tanto en el territorio de Afganistán como en el de otros Estados Partes en el Estatuto⁹⁸, principalmente entre el período 2003-2004. Entre los crímenes que se le atribuían, cabe destacar los crímenes de guerra de tortura y tratos crueles, ultrajes contra la dignidad personal, e incluso violaciones y otras formas de violencia sexual⁹⁹.

⁹⁶ «[T]he Chamber is of the view that acts of deportation initiated in a State not Party to the Statute (through expulsion or other coercive acts) and completed in a State Party to the Statute (by virtue of victims crossing the border to a State) fall within the parameters of article 12(2)(a) of the Statute. It follows that, in the circumstances identified in the Request, the Court has jurisdiction over the alleged deportation of members of the Rohingya people from Myanmar to Bangladesh, provided that such allegations are established to the required threshold.» Vid. ICC, *Request under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute””, 6 September 2018, ICC-RoC46(3)-01/18, para. 73. En el mismo sentido, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, 12 April 2019, ICC-02/17-33, para. 50.

⁹⁷ El examen preliminar de la situación en Afganistán fue anunciado por la Fiscalía en el año 2007. Véase ICC, Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examination Activities – Afghanistan*, 4 December 2017.

⁹⁸ Principalmente, Polonia, Rumanía y Lituania, Estados en los que la CIA tenía abiertos centros de detención clandestinos (*Black Sites*), en los que se practicaban una serie de técnicas contra los detenidos para extraer información, causándoles dolor o sufrimiento físico o mental severo. Estas prácticas constituyen *per se* crímenes de la competencia de la Corte, fundamentalmente actos de tortura y otros tratos crueles. En cuanto al tipo de técnicas empleadas, a menudo acumulativas y consistentes durante largos períodos, véase ICC-02/17-7-Red, para. 193. En respuesta a la petición de la Fiscalía, finalmente, la SCP II dijo que estas conductas quedaban fuera de la jurisdicción de la Corte por la naturaleza del conflicto armado (interno), que no guardaban, por lo tanto, conexión con estos otros territorios. Véase ICC-02/17-33, paras. 55-56.

⁹⁹ ICC-02/17-7-Red, para. 187 *et seq.*

Como destaca la Fiscalía, en el caso de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, los presuntos crímenes se produjeron principalmente en el ámbito de los interrogatorios diseñados para obtener información de inteligencia en el contexto de las operaciones militares estadounidenses en el territorio de Afganistán¹⁰⁰. En cambio, en el caso de la CIA, su programa de detenciones fue de carácter global y podía afectar a personas que no tuvieran una conexión directa con el conflicto en Afganistán, como podrían ser los detenidos en relación con otros conflictos o sospechosos de planear ataques contra los Estados Unidos¹⁰¹. Teniendo en cuenta esta globalidad de la política oficial de detenciones de la CIA, la Fiscalía se había limitado en sus conclusiones únicamente a aquellos individuos que creíblemente mantuvieron un nexo directo con el teatro de las operaciones en Afganistán y que habían cometido dichos crímenes mientras se encontraban en el país¹⁰².

Consciente de la magnitud de sus actuaciones, pretendiendo investigar al Ejército de los Estados Unidos, la Fiscalía cuidó extremadamente su motivación sobre la territorialidad de las conductas y recalcó que, teniendo en cuenta que los crímenes se cometieron en territorio afgano, entonces la Corte podría ejercer su jurisdicción territorial sobre ellas desde el 1 de mayo de 2003, *independientemente de la nacionalidad del acusado del crimen*¹⁰³, con tal de que hayan tenido lugar dentro de los confines de aquel territorio¹⁰⁴. Esta es una posición compartida por autores como SCHABAS, quien viene a reconocer: “the Court has jurisdiction over crimes committed on the territory of States Parties, regardless of the nationality of the offender¹⁰⁵.” La última *ratio* de ello es que, mediante la ratificación del Estatuto de Roma, el Estado del *locus delicti*, Afganistán, habría delegado voluntariamente a la Corte el ejercicio de una facultad soberana sobre la que ostenta un monopolio absoluto.

¹⁰⁰ *Ibid.*, para. 247.

¹⁰¹ *Ibid.*, para. 248.

¹⁰² Véanse las posiciones de ANDERSON, K., “Readings: Civilian Intelligence Agencies and the Use of Armed Drones by Ian Henderson”, *Lawfare*, 27 June 2014; DEVEREAUX, R., “Manhunting in the Hindu Kush: Civilian Casualties and Strategic Failures in America’s Longest War”, *The Intercept*, 15 October 2015.

¹⁰³ ICC-02/17-7-Red, para. 44.

¹⁰⁴ *Ibid.*, para. 47.

¹⁰⁵ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 285.

Además, la Fiscalía argumentó en su favor que existen diversos regímenes convencionales sectoriales que no hacen una separación por razón de la persona y que no excluyen de sus ámbitos a los nacionales de terceros Estados, aludiendo a los siguientes: el *apartheid*, el crimen de genocidio, los crímenes de guerra, la esclavitud, la piratería, la tortura¹⁰⁶. Por ejemplo, el Artículo VI de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* establece esta idea de forma tajante al disponer que “[l]as personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas¹⁰⁷”. Este planteamiento deriva del hecho de que los crímenes de la competencia de la Corte, siguiendo la Fiscalía, “attract universal opprobrium and thus demand repression by each of the members of the international community on behalf of the whole¹⁰⁸”.

Más concretamente, en palabras de SCHARF, como en los actos de piratería en la alta mar, cuando ni los piratas ni sus víctimas son nacionales del Estado que decide ejercer jurisdicción, los acusados de la comisión de alguno de los crímenes subsumidos en la competencia material de la Corte “are considered *hostis humani generis* (enemies of all humankind¹⁰⁹)”. Entonces, “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales¹¹⁰”, aun cuando los hechos delictivos se hubieren cometido por los ciudadanos de terceros Estados que nada tienen que ver con el Estatuto de Roma.

¹⁰⁶ *Ibid.*, para. 45. Pueden verse las siguientes disposiciones: Art. IV, *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973; Art. VI, *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948; Art. 49, *Convenio de Ginebra I para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, de 12 de agosto de 1949; Art. 50, *Convenio de Ginebra II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, de 12 de agosto de 1949; Art. 129, *Convenio de Ginebra III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 12 de agosto de 1949; Art. 146, *Convenio de Ginebra IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 12 de agosto de 1949; Art. 3, *Convención sobre la Esclavitud*, de 25 de septiembre de 1926; Arts. 14-22, *Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua*, de 29 de abril de 1958; y Arts. 100-107, *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, de 10 de diciembre de 1982; Art. 5, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, de 10 de diciembre de 1984.

¹⁰⁷ Énfasis añadido.

¹⁰⁸ *Ibid.*, para. 45. La cursiva es nuestra.

¹⁰⁹ SCHARF, M., “The ICC’s Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position”, *op. cit.*, p. 112.

¹¹⁰ Preámbulo del Estatuto de Roma, considerando 6º.

Sin embargo, aquí puede plantearse un conflicto adicional sustanciado por la celebración de un Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas Extranjeras (*Status of Foreign Forces Agreements* o SOFA, por sus siglas en inglés; igualmente llamado *Bilateral Security Agreement* o BSA), entre Afganistán y los Estados Unidos, por el cual el primero, el Estado receptor, habría renunciado al ejercicio de su potestad jurisdiccional a favor de las autoridades del Estado que envía¹¹¹. En concreto, nos referimos al *Acuerdo de Cooperación de Seguridad y Defensa entre los Estados Unidos de América y la República Islámica de Afganistán* de 30 de septiembre de 2014 (el Acuerdo Bilateral, en inglés *Security and Defense Cooperation Agreement between the United States of America and the Islamic Republic of Afghanistan*). Este Acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 2015 y se extenderá hasta finales de 2024, e incluso está previsto que continúe “más allá”, salvo que se dé por terminado¹¹².

Igualmente, está previsto que el mismo sustituya cualquier intercambio de notas previo a su adopción, sobre el estatuto de las Fuerzas de los Estados Unidos en Afganistán, o posterior incompatible con sus términos¹¹³. A través del artículo 13 (*Status of Personnel*) del Acuerdo Bilateral, Afganistán ha hecho una concesión de jurisdicción penal y civil en beneficio de las autoridades de los Estados Unidos [“the United States shall have the exclusive right to exercise jurisdiction¹¹⁴”], abarcando todas las conductas ilícitas que los miembros de sus Fuerzas Armadas, tanto el personal militar como el componente civil, pudieran llegar a cometer en el territorio de Afganistán. Semejante concesión puede concebirse, por los efectos

¹¹¹ Véase el Art. 13, *Security and Defense Cooperation Agreement between the United States of America and the Islamic Republic of Afghanistan*, 30 September 2014; Art. 11, *Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO Personnel Conducting Mutually Agreed NATO-Led Activities in Afghanistan*, 30 September 2014. Sobre estos Acuerdos puede consultarse OLSON, P.M., “Introductory Note to Security and Defense Cooperation Agreement between the United States of America and the Islamic Republic of Afghanistan & Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO Personnel Conducting Mutually Agreed NATO-Led Activities in Afghanistan”, *International Legal Materials*, Vol. 54, No. 2, 2015, pp. 272-305.

¹¹² De conformidad con el Art. 26.1 del Acuerdo Bilateral.

¹¹³ De conformidad con el Art. 26.2 del Acuerdo Bilateral. En concreto, la disposición se refiere a este otro Acuerdo: *Agreement regarding the Status of United States Military and Civilian Personnel of the U.S. Department of Defense present in Afghanistan in connection with Cooperative Efforts in Response to Terrorism, Humanitarian and Civic Assistance, Military Training and Exercises, and Other Activities*, que entró en vigor el 28 de mayo de 2003.

¹¹⁴ Cfr. *Security and Defense Cooperation Agreement between the United States of America and the Islamic Republic of Afghanistan*, p. 14.

que produce en la práctica, como una limitación jurisdiccional para los tribunales afganos, e incluso como una ‘inmunidad procesal’ atribuida convencionalmente.

No obstante, con mayor precisión todavía el párrafo quinto del artículo 13 contempla expresamente, como una obligación jurídica entre ambas partes y más como una carga para Afganistán y un derecho para los Estados Unidos, a que sus propios nacionales no sean entregados o trasladados a un tribunal internacional, refiriéndose claramente a la Corte Penal Internacional. El tenor del precepto reza de esta manera:

«Afghanistan and the United States agree that members of the force and of the civilian component **may not be surrendered to, or otherwise transferred to,** the custody of an international tribunal or any other entity or state **without the express consent of the United States**¹¹⁵.»

A la luz de este párrafo quinto, los Estados Unidos se atribuyen un derecho convencional de ‘vetar’ cualquier entrega de un nacional suyo, que de otra forma no le pertenece, impidiendo así que las autoridades afganas pudieran trasladar a un ciudadano estadounidense a la Corte. Además, se trata de un derecho que se opone radicalmente al tenor del artículo 12.2 a) del Estatuto de Roma, ya que esta disposición no requiere el consentimiento del Estado del acusado del crimen para su procesamiento ante la Corte.

Recordemos que la *American Servicemembers’ Protection Act of 2002* dispone especialmente para los miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos que dicho país no reconocerá la jurisdicción de la Corte, no ya sobre el personal militar, sino sobre cualquier nacional de los Estados Unidos, en la medida en que hace una referencia genérica sin hacer distinción alguna por razón del cargo:

«Members of the Armed Forces of the United States **should be free from the risk of prosecution by the International Criminal Court**, especially when they are stationed or deployed around the world to protect the vital national interests of the United States. The United States Government has an obligation to protect the members of its Armed Forces, **to the maximum extent possible, against criminal prosecutions carried out by the International Criminal Court**¹¹⁶.»

¹¹⁵ Énfasis añadido.

¹¹⁶ U.S. Congressional Findings 22 U.S. Code § 7421, 2 August 2002, para. 6 [Public Law 107-206, Title II, § 2002, Aug. 2, 2002, 116 Stat. 899]. Énfasis añadido.

Una vez introducidas las premisas anteriores, ahora conviene referirnos a la siguiente cuestión. Siguiendo la literalidad del Acuerdo Bilateral, la renuncia a la potestad jurisdiccional en materia penal y civil del Estado receptor a favor de los Estados Unidos se produce respecto de los tribunales nacionales afganos y no respecto de una jurisdicción internacional como la CPI, a la que Afganistán había cedido soberanamente el ejercicio del *ius puniendi* mediante el acto de ratificación del Estatuto de Roma. He aquí hemos de diferenciar entre la jurisdicción, siendo una manifestación de la soberanía territorial, y el ejercicio de esta jurisdicción por Afganistán; inhibida en el caso de sus tribunales internos, pero existente respecto de la Corte. A aquella decisión soberana los Estados Unidos no pueden oponerse, lo contrario sería una intervención en los asuntos internos del Estado territorial.

Esta posición ha sido acogida por O'KEEFE cuando dice que la jurisdicción del Estado es plena, y conserva la nota de la plenitud incluso cuando el Estado se compromete a no ejercerla en determinadas circunstancias¹¹⁷. La distinción entre existencia y ejercicio efectivo de la jurisdicción es capital y crítica cuando aparece un elemento adicional como el Acuerdo Bilateral entre Afganistán y los Estados Unidos. Lo que el primero no entrega al segundo es su derecho soberano a ejercer jurisdicción en los confines de su territorio, que sirve como atributo inherente de su soberanía, lo que ha consentido es el título jurisdiccional sobre los nacionales estadounidenses¹¹⁸.

«What such a provision [SOFA] *does not represent* is the surrender by the receiving state of its very right to entertain criminal proceedings in respect of conduct committed in its territory. The receiving state continues to possess this right, which is without regard to the identity of the author of the conduct, to the nature of the conduct, and so on. The *right is plenary* and remains so even where the receiving state undertakes not to exercise it in given circumstances¹¹⁹.»

¹¹⁷ O'KEEFE, R., "Response: "Quid," Not "Quantum": A Comment on "How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms""", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 49, 2016, pp. 433-441, at p. 437.

¹¹⁸ Véase, *en contra*, NEWTON, M.A., "How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 49, 2016, pp. 371-431, at p. 415. Igualmente, puede consultarse la respuesta a la contribución en STAHN, C., "Response: The ICC, Pre-Existing Jurisdictional Treaty Regimes, and the Limits of the *Nemo Dat Quod Non Habet* Doctrine - A Reply to Michael Newton", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 49, 2016, pp. 443-454.

¹¹⁹ O'KEEFE, R., *op. cit.*, p. 438. Énfasis añadido. La cursiva es nuestra.

Igualmente, parece que esta misma interpretación ha sido adoptada por la Fiscalía a la hora de enfrentarse a la cuestión del Acuerdo entre Afganistán y los Estados Unidos, afirmando lo siguiente:

«[T]he conclusion of a Status of Forces Agreement (“SOFA”) by which Afghanistan has ceded exclusive criminal jurisdiction to a sending State with respect to alleged crimes committed by that sending State’s nationals on Afghan soil does not affect the Court’s jurisdiction¹²⁰.»

Ahora bien, la argumentación de la Fiscalía para llegar a dicha conclusión no nos parece la más convincente. En primer lugar, la misma se basa en la simple distinción entre la Parte II (*De la competencia, la admisibilidad y el Derecho aplicable*) en la que se encuentra orgánicamente el artículo 12.2, letra a); y la Parte IX (*De la cooperación internacional y la asistencia Judicial*), donde se inserta el artículo 98. Esta distinción está obsoleta y no contribuye a la solución de un posible conflicto, pues se limita a lo evidente. No hay que perder de vista que el artículo 98 sí condiciona la forma en que debe ejercerse la jurisdicción de la Corte, y reconoce que ésta *tiene y está ejerciendo* su competencia sobre una persona determinada¹²¹. En segundo lugar, en cuanto a la inacción de Afganistán, en términos de judicialización, sobre el personal militar de los Estados Unidos como resultado del Acuerdo Bilateral, la Fiscalía no la plantea como un compromiso internacional de aquel Estado Parte frente a un tercer Estado que no lo es, sino que es calificada como una “cuestión de admisibilidad” en los términos del artículo 17 del Estatuto de Roma. Es decir, como indisposición o incapacidad de ese Estado de llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, lo que daría lugar a la admisión del asunto por la Corte. No entendemos esta estrategia, porque si Afganistán fuera indispuerto o incapaz de proceder a nivel nacional, sería por virtud del Acuerdo a que se refiere el artículo 98.2 del Estatuto, cuya inobservancia implicaría para ese país la desencadenación de su responsabilidad internacional.

«If a person covered by such a treaty is surrendered to the Court by another State Party or a third state for prosecution for a crime committed in the territory of a State Party treaty-bound to refrain from prosecuting that person, the last will stand

¹²⁰ ICC-02/17-7-Red, para. 46.

¹²¹ Véase RASTAN, R., “Jurisdiction”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 141-178, at p. 162.

in breach of its treaty obligation, since it will in effect be prosecuting the person [...] “via the medium of the Court”¹²².»

Aunque, como correctamente lo evidencia O’KEEFE, la cuestión no termina aquí. No sería una exageración decir que el ejercicio de la jurisdicción de la Corte podría verse condicionado por los efectos del propio artículo 98.2 del Estatuto de Roma respecto de este tipo de acuerdos internacionales. Pues, para este supuesto, “[l]a Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido [Afganistán] deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional [SOFA] conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe [Estados Unidos] para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega¹²³.”

Una cuestión que debemos tener presente respecto a la cooperación es que, sin perjuicio del artículo 13.5 del Acuerdo que proscribía la entrega del personal militar y el componente civil estadounidense, en el artículo 3 del mismo Acuerdo se incluye una cláusula que parece inofensiva y que nos llama poderosamente la atención. Aunque, la misma podría dar cabida a plantear que la obligación de no entrega es *inconsistente* con otras obligaciones contraídas internacionalmente por Afganistán, como las propias del artículo 86 y siguientes del Estatuto de Roma en materia de cooperación y asistencia judicial a la Corte. En particular, el párrafo segundo del artículo 3, en el que por cierto se apela a la soberanía de Afganistán sobre su territorio, se establece lo siguiente: “Cooperation and activities relating to implementation of this Agreement *shall be consistent with the Parties’ respective commitments and obligations under international law*”¹²⁴.

Por último, no podemos terminar nuestro análisis sin antes referirnos a la decisión final relativa a la suerte de la investigación en la situación en Afganistán.

¹²² O’KEEFE, R., *op. cit.*, p. 441; y para la parte entrecomillada p. 439, *in fine*.

¹²³ Por la importancia y profundidad de esta materia, volveremos más adelante en la parte relativa a las limitaciones al ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre los nacionales de terceros Estados.

¹²⁴ *Cfr. Security and Defense Cooperation Agreement between the United States of America and the Islamic Republic of Afghanistan*, p. 5. Énfasis añadido.

Resulta destacable el pronunciamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares II, de 12 de abril de 2019¹²⁵, sobre la petición de la Fiscalía de abrir una investigación en Afganistán al considerar discrecionalmente que “existe fundamento razonable para proceder¹²⁶”. Después de todo, la Sala decidió, finalmente, rechazar el inicio de la investigación solicitada por considerar que no existe fundamento suficiente para abrir una investigación y que el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia ni satisfaría los intereses de las víctimas, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

Según el apartado quinto del artículo 15 del Estatuto, “[l]a negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación¹²⁷.” Esto se produce porque, a diferencia de lo que ocurre con la activación por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad, cuando el Fiscal actúa *proprio motu*, la Sala tiene un papel de filtro “fundamental y decisivo” en el contexto de los procedimientos para así evitar investigaciones manifiestamente infundadas debido a la falta de fundamentos fácticos o jurídicos adecuados¹²⁸:

«Unlike in the scenario where the situation is referred to the Court by a State or by the Security Council, the Pre-Trial Chamber is vested with a specific, fundamental and decisive filtering role in the context of proceedings under article 15. The Pre-Trial Chamber must consider, on the exclusive basis of the information made available by the Prosecutor, whether the requirements set out in article 53(1)(a) to (c) are met¹²⁹.»

¹²⁵ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, 12 April 2019, ICC-02/17-33.

¹²⁶ Entre los elementos que deben valorarse por la Fiscalía y la Sala para decidir si ha de iniciarse una investigación, con arreglo al Art. 53.1 del Estatuto de Roma, destacan los siguientes: «a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte; b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17; c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.»

¹²⁷ Véase el Art. 15 del Estatuto de Roma en su integridad.

¹²⁸ ICC-02/17-33, para. 32, *in fine*.

¹²⁹ *Ibid.*, para. 30.

Por un lado, la Sala destaca que: “the current circumstances of the situation in Afghanistan are such as to make the prospects for a successful investigation and prosecution extremely limited” y añade que “victims’ expectations will not go beyond little more than aspirations¹³⁰.” La decisión de rechazar la apertura de la investigación se fundamenta en un argumento central que sirve para entender el trasfondo de esa negativa; sería contraproducente para la Corte meterse en una fase de investigación prolongada en el tiempo, y cuyo desenlace sería incierto, en palabras de la Sala “to avoid engaging in investigations which are likely to ultimately remain inconclusive¹³¹.” En definitiva, para la que la Sala autorizara el inicio de la investigación, no solamente tiene que considerar que hay fundamento suficiente para ello, sino que, además, tiene que llegar a la determinación positiva sobre los efectos y las expectativas que produciría la investigación, es decir, sobre su viabilidad y utilidad (“feasible and meaningful”) en virtud de las circunstancias pertinentes. Toda investigación tiene que servir en interés de la justicia y también en el interés propio de las potenciales víctimas¹³².

Por otro lado, en cuanto al Acuerdo Bilateral de 30 de septiembre de 2014 entre Afganistán y los Estados Unidos, la Sala de Cuestiones Preliminares señala que éste no representa un obstáculo para el ejercicio de su jurisdicción, haciendo suya la posición de la Fiscalía expresada en la *Requête*: “agreements entered into pursuant to article 98(2) of the Statute do not deprive the Court of its jurisdiction over persons covered by such agreements¹³³.”

En virtud de todo lo anterior, queremos expresar nuestra disconformidad con la decisión de la Sala de denegar el inicio de las investigaciones en Afganistán y así el esclarecimiento de los hechos y la depuración de responsabilidades sobre los autores materiales de tales crímenes. Pues, la situación que hemos estudiado reúne todos los requisitos relevantes tanto en materia de competencia, como de admisibilidad. Aunque, reconocemos que esta decisión llega en un momento de hostilidad hacia la Corte, a lo que contribuyen exponencialmente los constantes

¹³⁰ *Ibid.*, para. 96.

¹³¹ *Ibid.*, para. 33.

¹³² *Ibid.*, para. 35.

¹³³ *Ibid.*, para. 59.

ataques provenientes del Gobierno de los Estados Unidos sobre la autoridad de la propia Corte, sus miembros y sus Magistrados, coaccionados para abandonar cualquier investigación a expensas de enfrentarse con importantes represalias¹³⁴. Basta con indicar, en esta etapa, que, desde el 1 de enero hasta el 31 de marzo de 2019, el Informe Trimestral sobre la Protección de Civiles en Conflictos Armados, publicado el 24 de abril de 2019 por la *Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán* (UNAMA¹³⁵), ha documentado un gran número de ataques directos contra víctimas civiles imputables tanto a las fuerzas progubernamentales, como a los elementos antigubernamentales¹³⁶.

Finalmente, el 7 de junio de 2019 la Fiscalía ha presentado una solicitud de permiso, de conformidad con el artículo 82.1, letra d), del Estatuto, para apelar la decisión de 12 de abril de 2019, por la que se rechazó unánimemente la apertura de la investigación sobre los presuntos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el territorio de Afganistán¹³⁷. Ante esta petición, el 17 de septiembre de 2019 la Sala de Cuestiones Preliminares II estimó parcialmente la misma, permitiendo la apelación sobre dos de los tres aspectos problemáticos: 1) si existe una necesidad o posibilidad de que una Sala de Cuestiones Preliminares realice una evaluación de los “intereses de la justicia”, de conformidad con los artículos 15.4 y 53.1 c) del Estatuto, y llegue a una determinación a este respecto a los efectos de autorizar la investigación; y 2) identificar los factores apropiados y relevantes que una Sala de Cuestiones Preliminares debe o puede considerar a los efectos de tal evaluación¹³⁸. Como se puede apreciar, se trata de dos cuestiones

¹³⁴ SIMONS, M. y SPECIA, M., “U.S. Revokes Visa of I.C.C. Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes”, *New York Times*, 5 April 2019.

¹³⁵ UNAMA, *Informe Trimestral sobre la Protección de Civiles en Conflictos Armados: 1 de enero al 31 de marzo de 2019*, de 24 de abril de 2019.

¹³⁶ En total se han reportado 1773 víctimas civiles (581 muertes y 1192 heridos), incluyendo 582 víctimas infantiles (150 muertes y 432 heridos).

¹³⁷ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Office of the Prosecutor, “Request for Leave to Appeal the “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan””, 7 June 2019, ICC-02/17-34, para. 1 *et seq.* Adicionalmente, el 10 de junio de 2019, los representantes legales de las víctimas presentaron a la Corte: ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Legal Representatives of Victims, “Victims’ request for leave to appeal the ‘Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan’”, 10 June 2019, ICC-02/17-37.

¹³⁸ ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber II, “Decision on the Prosecutor and Victims’ Requests for Leave to Appeal the ‘Decision Pursuant to Article 15 of the

entrelazadas, en el sentido de que la respuesta afirmativa a la primera supone la contestación a la segunda. Una vez que el Fiscal presente su apelación sobre estos particulares, será la Sala de Apelaciones de la Corte la que decidirá si confirma o revoca la decisión de no investigar sobre la situación en la República Islámica de Afganistán.

2.3.2. La situación de Bangladesh/Myanmar ante la Corte Penal Internacional

La situación entre Bangladesh y Myanmar abierta actualmente ante la CPI ha cobrado un destacadísimo interés a partir del momento en que se denunció, a nivel internacional, la comisión de crímenes de la competencia de la propia Corte en el contexto de la ola de violencia registrada en el 2017 en partes del territorio birmano¹³⁹. Más concretamente, nos referimos a los crímenes perpetrados contra la población Rohinyá y su deportación del Estado de Rakáin, en el territorio de Myanmar, a Bangladesh. Dichas deportaciones se llevaron a cabo en el marco de operaciones militares de los *Tatmadaw*¹⁴⁰, cometiendo violaciones sistemáticas de los derechos humanos entre sus prácticas, entre las que resaltan por su gravedad e intensidad las atrocidades cometidas contra los Rohinyá. Además, cabe indicar que la mayor parte de la población autóctona de Rakáin es budista, existiendo un

Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, 17 September 2019, ICC-02/17-62, en especial para. 36 *et seq.* La Sala desestimó por mayoría, aunque el Magistrado MINDUA disintió sobre la solicitud de permiso para apelar la decisión del 12 de abril de 2019 presentada por los representantes legales de algunas víctimas de la situación, pronunciándose afirmativamente sobre la misma. Véase ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber II, “Partially Dissenting Opinion of Judge Antione Kesia-Mbe Mindua”, 17 September 2019, ICC-02/17-62-Anx, paras. 59 y 60.

¹³⁹ Sobre la cronología de los acontecimientos relevantes de esta situación puede consultarse el Anexo 2 a la Solicitud de la Fiscalía para abrir una investigación: “Annex 2 to the Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, ICC-01/19-7-Anx2. Sobre la situación en conflicto, véanse, entre otros: HAACKE, J., “Myanmar”, en BELLAMY, A.J. y DUNNE, T. (eds.), *The Oxford Handbook of the Responsibility to Protect*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 801 y ss.; KHAN, M.Z.I., “Pathways to Justice for ‘Atrocity Crimes’ in Myanmar: Is There Political Will?”, *Global Responsibility to Protect*, Vol. 11, No. 1, 2019, pp. 3-41.

¹⁴⁰ Se trata del nombre oficial de las Fuerzas Armadas de la República de la Unión de Myanmar.

grupo étnico musulmán, no reconocido oficialmente por Myanmar, que son los Rohinyá.

El aspecto más destacable de esta situación, actualmente encontrándose en fase de examen preliminar, aunque pendiente la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares III para autorizar la Fiscalía a abrir una investigación formal, es que los presuntos crímenes de lesa humanidad se han cometido en el territorio de un **Estado no Parte** en el Estatuto de Roma, como es Myanmar, respecto de personas “nacionales” de ese Estado tercero¹⁴¹. Teniendo en cuenta este importante matiz, que, *prima facie*, induce a pensar que la Corte carece de competencia por la falta de vínculos relevantes de jurisdicción, el Fiscal procedió a solicitar de ésta que se pronunciara sobre este particular¹⁴², aun reconociendo lo siguiente: “Myanmar is not a State Party to the ICC, but Bangladesh is a State Party, so any potential investigation could only focus on crimes allegedly committed in part on the territory of Bangladesh.”¹⁴³

Por lo que concierne a Bangladesh, éste había depositado su instrumento de ratificación del Estatuto de Roma el 23 de marzo de 2010, convirtiéndose así en Estado Parte el 1 de junio de 2010¹⁴⁴. Por lo que, a partir de esta fecha la Corte puede ejercer ordinariamente su jurisdicción sobre todos los crímenes tipificados en el Estatuto y cometidos en el territorio de Bangladesh o por sus nacionales; y sobre todos aquellos crímenes perpetrados por los nacionales de Estados terceros en el territorio de Bangladesh. Pues, se trata de un aspecto que debemos tener en cuenta, puesto que la condición de Parte de dicho Estado es el que permitirá a la Corte pronunciarse favorablemente sobre su competencia de conformidad con el artículo 12.2 a) del Estatuto de Roma.

El 6 de septiembre de 2018, sobre la base de una solicitud presentada por el Fiscal, en virtud de la prerrogativa que le confiere el párrafo tercero del artículo

¹⁴¹ En realidad, Myanmar no reconoce a los Rohinyá como sus propios nacionales, al considerarlos inmigrantes bengalíes.

¹⁴² ICC, Office of the Prosecutor, “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”, 9 April 2018, ICC-RoC46(3)-01/18-1.

¹⁴³ ICC, “Statement of the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court as delivered at the press conference in Dhaka, Bangladesh”, *Press Release*, 18 July 2019.

¹⁴⁴ Depositary Notification Reference: C.N.185.2010.TREATIES-2.

19 del Estatuto¹⁴⁵, la Sala de Cuestiones Preliminares I concluyó por mayoría de sus integrantes que la Corte puede, efectivamente, ejercer su jurisdicción sobre la supuesta deportación forzosa del pueblo Rohinyá de Myanmar, ocurrida, por lo tanto, en el territorio de Myanmar, siendo éste un Estado no Parte, a Bangladesh. De esta manera, ante la decisión favorable de la Sala, el 18 de septiembre de 2018 la Fiscalía anunció la apertura de un examen preliminar, con el objeto de analizar la veracidad de la información recibida.

Ante esta situación, el Gobierno de Myanmar ha reaccionado expresando su malestar en que la aplicación del Estatuto de Roma, junto con los crímenes que en él se reconocen, sobre los individuos que se encuentren en su territorio, podría colisionar con principios básicos del Derecho Internacional, alegando, entre otros motivos, el principio de relatividad de los tratados internacionales. Apoyándose en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969, Myanmar destacó lo siguiente:

«Myanmar is not a party to the Rome Statute. The proposed claim for extension of jurisdiction may very well reap serious consequences and exceed the well enshrined principle that the ICC is a body which operates on behalf of, and with the consent of State Parties which have signed and ratified the Rome Statute. [...] *Nowhere in the ICC Charter does it say that the Court has jurisdiction over States which have not accepted that jurisdiction.* Furthermore, the 1969 UN Vienna Convention on International Treaties states that no treaty can be imposed on a country that has not ratified it”¹⁴⁶.»

Sobre estas alegaciones que, *prima facie*, parecen razonables porque, como manifiesta Myanmar, la extensión de la jurisdicción de la Corte sobre Estados no Partes en el Estatuto crea una incertidumbre jurídica en contra de los principios de soberanía y no injerencia en los asuntos internos, la Sala se fundamentó en la naturaleza jurídica de los crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos por el Gobierno de Myanmar en su política de deportación de las zonas afectadas. Más tarde, Myanmar invocó que las acciones de la Fiscalía constituyen un intento

¹⁴⁵ En virtud de este artículo, resulta que: «El Fiscal podrá pedir a la Corte que se pronuncie sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad. En las actuaciones relativas a la competencia o la admisibilidad, podrán presentar asimismo observaciones a la Corte quienes hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 y las víctimas.»

¹⁴⁶ ICC, Office of the Prosecutor, “Annex E to the Prosecution Notice of Documents for Use in Status Conference”, 19 June 2018, ICC-RoC46(3)-01/18-27-AnxE.

de eludir el espíritu del artículo 34 de la Convención de Viena, calificándolas de *mala fides*, y oponiéndose a legitimar cualquier acción de la Corte a ese respecto¹⁴⁷.

Más específicamente, el *crimen de lesa humanidad* de deportación o traslado forzoso de población, consagrado en el artículo 7.1, letra d), del Estatuto de Roma, supone que el desplazamiento forzoso de las personas afectadas se ha producido *por expulsión u otros actos coactivos*, de las zonas en que se encuentran *legítimamente presentes*, sin motivos autorizados por el Derecho Internacional¹⁴⁸. Pues, entre los elementos típicos de este crimen se requiere que el autor material haya deportado o trasladado por la fuerza a una o más personas a *otro Estado o lugar*.

En la opinión de la Sala, dando una interpretación conforme del Estatuto respecto de su objeto y fin, la Corte puede declararse competente de conformidad con el artículo 12.2 a) del Estatuto si, como mínimo, uno de los elementos típicos del crimen de su competencia *ratione materiae*, o una parte del mismo, se hayan cometido en el territorio de un Estado Parte en el Estatuto [*“the Court may assert jurisdiction pursuant to article 12(2)(a) of the Statute if at least one element of a crime within the jurisdiction of the Court or part of such a crime is committed on the territory of a State Party to the Statute”*¹⁴⁹], como sucedió en el caso que estamos estudiando. Sobre la base de esta construcción jurisprudencial, la Sala manifestó de modo concluyente que:

«[T]he Chamber is of the view that acts of deportation *initiated* in a State not Party to the Statute (through expulsion or other coercive acts) and *completed* in a State Party to the Statute (by virtue of victims crossing the border to a State) fall within the parameters of article 12(2)(a) of the Statute. It follows that, in the circumstances identified in the Request, **the Court has jurisdiction over the alleged deportation of members of the Rohingya people from Myanmar to Bangladesh**, provided that such allegations are established to the required threshold¹⁵⁰.»

¹⁴⁷ ICC, Office of the Prosecutor, “Notice of the Public Statement Issued by the Government of Myanmar”, 17 August 2018, ICC-RoC46(3)-01/18-36, nota a pie nº 5.

¹⁴⁸ De conformidad con la definición legal que encontramos en el Art. 7.2, letra d), del Estatuto de Roma.

¹⁴⁹ ICC, *Request under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute””, 6 September 2018, ICC-RoC46(3)-01/18-37, para. 72. Énfasis añadido.

¹⁵⁰ *Ibid.*, para. 73.

Pues bien, a partir de esta aseveración resulta particularmente importante destacar que, como establece la Sala en su *dictum*, la intención de los redactores del Estatuto de Roma fue la de permitir el ejercicio de la competencia de la Corte, conforme a los criterios establecidos en el artículo 12.2 a), sobre el territorio de un Estado Parte, como si se tratase del ejercicio de su propia jurisdicción sobre tales crímenes y con arreglo a su legislación interna. Compartimos íntegramente esta visión, ya que la comisión de cualquier crimen bajo la competencia de la Corte en el territorio de un Estado Parte hace que ésta pueda ejercer su jurisdicción sobre la situación en particular, como si fuera una situación estrictamente nacional. En dicho caso, no importa la nacionalidad del acusado del crimen, ni la nacionalidad de las presuntas víctimas de esos crímenes. Lo que sí importa, en cualquier caso, es la territorialidad de la conducta tipificada como crimen. Como reconoce la Sala en su iter argumentativo, una interpretación restrictiva sobre el artículo 12.2 a) del Estatuto — que supondría rechazar la jurisdicción de la Corte sobre la base de que uno o más de los elementos de un crimen se hayan cometido en el territorio de un Estado tercero — no sería conforme ni con el propósito, ni con el fin para el cual fue creada la Corte mediante este instrumento internacional¹⁵¹.

De forma complementaria, la naturaleza intrínsecamente transfronteriza del crimen de deportación confirma aún más esta interpretación del artículo 12.2 a) del Estatuto, en el sentido de que algunos de sus elementos o partes del crimen se deben iniciar necesariamente en el territorio de un Estado no Parte (Myanmar) y perfeccionarse en el territorio de un Estado Parte (Bangladesh). Efectivamente, como ya hemos adelantado, resulta que un elemento del crimen de deportación es el *desplazamiento forzado traspasando las fronteras internacionales*, lo cual significa que la *conducta* relacionada con dicho crimen es *transnacional*, es decir, tiene lugar en los territorios de al menos dos Estados¹⁵². Ciertamente, cuando el artículo 7.1, letra d), se refiere al desplazamiento forzoso de las personas afectadas lo hace respecto de la “zona en que estén legítimamente presentes”, sin prescribir que esa “zona” deba corresponderse, obligatoriamente, con el territorio de un Estado Parte. Igualmente, del examen de los elementos que configuran el crimen de lesa

¹⁵¹ *Ibid.*, para. 70.

¹⁵² *Ibid.*, para. 71.

humanidad de deportación o traslado forzoso resulta posible apreciar cómo éstos se refieren, en términos muy generales, a la deportación a “otro Estado o lugar”, sin exigir que ese lugar se corresponda con el territorio de un Estado Parte en el Estatuto. En virtud de todo ello, podemos concluir de esta manera:

«Therefore, the inclusion of the inherently transboundary crime of deportation in the Statute without limitation as to the requirement regarding the destination reflects the intentions of the drafters to, *inter alia*, allow for the exercise of the Court’s jurisdiction when one element of this crime or part of it is committed on the territory of a State Party¹⁵³.»

Indudablemente, nos encontramos ante una decisión histórica de la Corte, que podríamos denominar un “*leading case*”, puesto que es la primera vez en que ésta se pronuncia de manera satisfactoria sobre su jurisdicción, enfatizando con claridad que, incluso en los supuestos en que una conducta criminal se inicie en un Estado no Parte respecto de la Corte, ésta podrá declararse competente sobre sus propios nacionales, considerados presuntos autores de esos crímenes, cuando la misma conducta se haya realizado en el territorio de al menos un Estado Parte del Estatuto. Por lo tanto, como una primera afirmación corresponde indicar que, a partir de esta decisión podríamos considerar que cualquier crimen considerado como “transnacional” en el ámbito del Estatuto de Roma, incluso cuando se haya iniciado en un Estado no Parte, pero completado en un Estado Parte, atraería la jurisdicción de la Corte sobre la situación en cuestión. Es decir, a pesar de que los “actos coactivos” —a que se refiere el artículo 7.2 d) del Estatuto— tuvieron lugar en el territorio de Myanmar, obligando a la población Rohinyá a huir, las víctimas cruzaron la frontera que este país comparte con Bangladesh, un elemento esencial para el crimen de deportación¹⁵⁴.

En este mismo contexto, la decisión de la Sala de 6 de septiembre de 2018 que aquí estamos analizando ha sido calificada por algunos autores en la doctrina como “humanizadora”, como lo hace CARRILLO SANTARELLI, afirmando que: “con

¹⁵³ *Ibid.*, *in fine*.

¹⁵⁴ Así, en palabras de MAILLART, J.-B., “Article 12(2)(a) Rome Statute: The Missing Piece of the Jurisdictional Puzzle”, *EJIL: Talk!*, 7 August 2014, sobre la base de la interpretación corriente del término “conducta” empleado por el Art. 12.2 a) del Estatuto de Roma, esos crímenes de carácter transfronterizo podrán desafiar la jurisdicción de la Corte en determinadas situaciones.

esta decisión el Derecho Internacional Público ofrece la posibilidad de constituir un instrumento de resolución de problemas sociales graves que están siendo objeto de una justa condena por parte de la sociedad civil internacional.¹⁵⁵” Pues, realmente, a partir de la denuncia internacional de los crímenes cometidos contra la población Rohinyá en Myanmar y su deportación a Bangladesh, se ha abierto la posibilidad de que la construcción doctrinal y jurisprudencial que presentamos sean aplicadas a otras situaciones de conflicto que comparten el mismo elemento transfronterizo.

Finalmente, en cuanto al estado actual de la situación, cabe concluir que el 4 de julio de 2019 el Fiscal, siguiendo el proceso de examen preliminar y llegando a la conclusión de que se han cumplido las condiciones legales requeridas por el Estatuto de Roma para abrir una investigación¹⁵⁶, procedió a solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares III la preceptiva autorización para iniciar formalmente una investigación¹⁵⁷. Pues, sobre la base de la información disponible, la Fiscalía sostiene que existen fundamentos razonables para creer que se han cometido, en parte en el territorio de Myanmar y en parte en el territorio de Bangladesh, estos crímenes: deportación o traslado forzoso de población [art. 7.1 d)]; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia [art. 7.1 h)]; así como, otros actos inhumanos de carácter similar [art. 7.1 k)]. La *Requête* abarca el período desde el 9 de octubre de 2016, en adelante.

No obstante, teniendo en cuenta que Myanmar no es un Estado Parte del Estatuto, en el supuesto de que la Sala concediera la autorización para investigar, la Fiscalía no podría hacerlo sobre *todos* los crímenes potencialmente cometidos

¹⁵⁵ Véase, en particular, CARRILLO SANTARELLI, N., “La decisión “humanizadora” de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sobre competencia y jurisdicción frente a algunos crímenes cometidos de forma transnacional: el caso de los Rohingya expulsados hacia Bangladesh”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 36, 2018, pp. 1-15, at p. 3.

¹⁵⁶ Véase la declaración de la Fiscalía de la Corte: ICC, “ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, requests judicial authorisation to commence an investigation into the situation in Bangladesh/Myanmar”, *Press Release*, 4 July 2019, ICC-OTP-20190704-PR1465; donde se establece lo siguiente: «Following the Office's preliminary examination process, the Prosecutor has determined that there is a reasonable basis to believe that at least 700,000 Rohingya people were deported from Myanmar to Bangladesh through a range of coercive acts and that great suffering or serious injury has been inflicted on the Rohingya through violating their right to return to their State of origin.»

¹⁵⁷ ICC, Office of the Prosecutor, “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 4 July 2019, ICC-01/19-7, para. 72 *et seq.*

en el territorio de Myanmar, sino que, como ya ha quedado corroborado, debería hacerlo sobre aquellos crímenes que se han cometido *en parte* en el territorio de Bangladesh (*cross-border transfer*). Ello es así porque es precisamente ese elemento el que atribuye jurisdicción a la Corte por haber ocurrido parte del crimen en el territorio de un Estado Parte, ya que, en caso contrario, la misma no podría actuar extraterritorialmente sobre el territorio de Myanmar. De tal forma que, si se trata de un crimen, cuyos elementos típicos no contemplan el elemento transfronterizo como forma de comisión del tipo, entonces decaería la oportunidad para seguir investigando tales hechos por falta de jurisdicción.

2.3.3. La situación de Palestina ante la Corte Penal Internacional

El estatuto de Palestina ha dado origen a uno de los debates más ricos en el Derecho Internacional, por lo que podemos considerarla una de las cuestiones más espinosas desde la adopción del conocido como *Plan de Partición de Palestina*, que marca la terminación del mandato británico en mayo de 1948¹⁵⁸. Palestina es considerada por algunos Estados simplemente como un territorio ocupado desde 1967, mientras que un total de 137 Estados Miembros de las Naciones Unidas la han reconocido como Estado independiente¹⁵⁹.

Por lo que se refiere a la situación de Palestina ante la CPI, la misma resulta destacable a los efectos de este estudio en la medida en que nos permitirá conocer el criterio de la Corte a la hora de admitir a una nueva entidad como Estado Parte en el Estatuto de Roma. Para estos casos será imprescindible que la entidad reúna todos los elementos materiales constitutivos de la estatalidad para que naciera su subjetividad internacional. Por tanto, para el ejercicio de la jurisdicción territorial de la Corte en un ámbito espacial determinado se necesita de la existencia de un

¹⁵⁸ AGNU, Resolución 181 (II), de 29 noviembre de 1947 [UN Doc. A/RES/181(II)], por la que se aprobaba el Plan de Partición con la Unión Económica propuesto por la mayoría de los Miembros de la Comisión Especial para Palestina.

¹⁵⁹ A día 10 de diciembre de 2018, 137 (71 %) de los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas han reconocido al Estado de Palestina. Los que no reconocen al Estado de Palestina, sin embargo, sí reconocen a la Organización de Liberación de Palestina (OLP) como el representante del pueblo palestino.

Estado con arreglo al Derecho Internacional, cuya manifestación encontramos en la *Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados*, como la primera referencia en la materia, adoptada por los Estados Americanos el 26 de diciembre de 1933 en Montevideo durante la Séptima Conferencia Internacional de la OEA¹⁶⁰. Dicho en otros términos, únicamente un ‘Estado’ puede ratificar el Estatuto de Roma o, en su caso, depositar una declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte.

Pues bien, antes de convertirse en Estado Parte en el Estatuto de Roma el 2 de enero de 2015, Palestina intentó hasta en dos ocasiones aceptar la jurisdicción de la Corte mediante la presentación de dos declaraciones *ad hoc* sobre la base del artículo 12.3 del Estatuto. No obstante, la primera de las declaraciones fracasó, en tanto que la segunda llegó a buen término. Efectivamente, el 21 de enero de 2009, Ali KHASHAN, actuando como Ministro de Justicia del Gobierno de la Autoridad Nacional Palestina (ANP), depositó la *Declaración reconociendo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional* con efectos temporales para la competencia de la Corte desde el 1 de julio de 2002, coincidiendo con la fecha de entrada en vigor general del Estatuto, y lo hizo por una duración indeterminada¹⁶¹. Este primer intento no dio el resultado inicialmente esperado por la Autoridad Palestina, puesto que la declaración fue rechazada por la Corte, argumentando que la misma no reúne los requisitos estatutarios y, en particular, refiriéndose a las condiciones exigidas por el artículo 12.3 del Estatuto. El párrafo tercero del precepto citado, como sabemos, requiere que el “Estado”, sustantivo que emplea expresamente, lo sea conforme al sentido corriente del término en Derecho Internacional Público¹⁶². En este caso, la negativa de la Corte a aceptar la declaración se fundamentó en que la existencia de un Estado de Palestina no pudo ser apreciada, siendo éste un requisito previo para la aplicación de la disposición anterior. Pues, como viene a manifestarlo, el

¹⁶⁰ *Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados*, de 26 de diciembre de 1933 [UNTS, Vol. 165, p. 19]. Como destaca la profesora LÓPEZ MARTÍN, hay quienes cuestionan la validez universal de los denominados como criterios de Montevideo, por tratarse de un tratado de ámbito regional ratificado por un número limitado de Estados. Vid. LÓPEZ MARTÍN, A.G. y PEREA UNCETA, J.A., *Creación de Estados, Secesión y Reconocimiento*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 24.

¹⁶¹ PNA, *Declaration recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 21 January 2009.

¹⁶² ICC, Office of the Prosecutor, *Situation in Palestine, Summary of submissions on whether the declaration lodged by the Palestinian National Authority meets statutory requirements*, 3 May 2010, para. 4.

Estatuto de Roma se basa en un *sistema estatal* abierto solamente a los Estados, lo cual excluye a toda entidad territorial no estatal (*State-based system*¹⁶³).

La argumentación finalmente utilizada por la Corte para decidir sobre la declaración de Palestina fue la siguiente:

«[T]he ICC lacks both express and inherent powers to recognise the validity of a declaration lodged by a non-State entity: absent the acceptance of the jurisdiction of the Court by a State on whose territory or by whose nationals the crimes occurred, the only exception recognised under the Statute is where the Security Council refers a situation¹⁶⁴.»

En este caso en particular, la Fiscalía determinó que la cuestión central que se plantea para aceptar o rechazar la declaración formulada es definir lo que debe entenderse por “Estado” a los efectos del artículo 12.3 del Estatuto de Roma. Pues, la fase inicial de todo examen preliminar consiste en determinar si se cumplen las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la Corte con arreglo al artículo 12. En su pronunciamiento de 3 de abril de 2012, la Fiscalía manifestó que la competencia para determinar el significado jurídico del término “Estado” compete, en primera instancia, al Secretario General de las Naciones Unidas en su calidad de depositario del instrumento o, eventualmente, a la Asamblea de los Estados Partes, que también podría abordar el asunto¹⁶⁵. Como consecuencia de esta manifestación, la Fiscalía dictaminó que no tenía autoridad para decidir si Palestina entraba en el concepto de “Estado” para poder adherirse al Estatuto de Roma¹⁶⁶. En aquel entonces, Palestina tenía un estatuto de “entidad observadora” reconocido por las Naciones Unidas, pero no de “Estado observador no Miembro en las Naciones Unidas”, que le fue concedido más tarde. En concreto, el 29 de noviembre de 2012, mediante la Resolución 67/19, la Asamblea General reconoce por una amplia mayoría de 138 votos a favor, 41 abstenciones y 9 votos en contra, el estatuto de “Estado observador” a Palestina; un hecho que tendría importantes

¹⁶³ *Ibid.*, para. 26 y 27.

¹⁶⁴ *Ibid.*, para. 27.

¹⁶⁵ ICC, Office of the Prosecutor, *Situation in Palestine*, 3 April 2012, para. 5.

¹⁶⁶ *Ibid.*, para. 6.

consecuencias para ese Estado en el ámbito internacional, al permitirle expandir su política de ratificación de diversos tratados multilaterales¹⁶⁷.

De esta manera, ante la negativa de la Fiscalía de continuar con el examen preliminar por falta de vínculo jurisdiccional, porque Palestina no era “Estado” en el momento relevante a los efectos del artículo 12.3 del Estatuto de Roma, sino una entidad no estatal¹⁶⁸, una vez concedido el estatus de “Estado observador no Miembro en las Naciones Unidas”, Palestina volvió a depositar por segunda vez una declaración el 31 de diciembre de 2014, denominada *Declaración aceptando la jurisdicción de la Corte Penal Internacional*, firmada esta vez por Mahmoud ABBAS como el “Presidente del Estado de Palestina”¹⁶⁹.

Cabe decir que esta nueva calificación que supone una mejora del estatuto de Palestina (“*upgraded*”¹⁷⁰) fue decisivo para que la Corte valorara positivamente la segunda declaración. Ahora bien, la Resolución 67/19 no repercute para nada en la primera declaración, en el sentido de que no la revalida al carecer de efectos retroactivos [“this change did not retroactively validate the previously invalid 2009 declaration”¹⁷¹]. Igualmente, la aceptación de la declaración implica también el reconocimiento implícito del *ius contrahendi* característico de todo Estado como atributo de su subjetividad internacional.

¹⁶⁷ AGNU, Resolución 67/19, de 29 de noviembre de 2012, sobre el *Estatuto de Palestina en las Naciones Unidas*, mediante la que la Asamblea General «[d]ecide conceder a Palestina la condición de Estado observador no miembro en las Naciones Unidas» [UN Doc. A/RES/67/19], para. 2. La concesión del estatus de Estado observador hay que entenderla, como dispone la Resolución, «sin perjuicio de los derechos adquiridos, las prerrogativas y la función de la Organización de Liberación de Palestina en las Naciones Unidas como representante del pueblo palestino».

¹⁶⁸ «The Office of the Prosecutor carefully considered all of the legal arguments put forth and concluded in April 2012, after three years of thorough analysis and public consultations that Palestine’s status at the United Nations (UN) as “observer entity” was determinant – since entry into the Rome Statute system is through the UN Secretary-General, who acts as treaty depositary. The Palestinian Authority’s “observer entity” status at the UN at that time meant that it could not sign up to the Rome Statute. As Palestine could not join the Rome Statute, the former Prosecutor concluded that it could not lodge an article 12-3 declaration bringing itself under the ambit of the treaty either, as it had sought to do.» Véase ICC, *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda: “The Public Deserves to know the Truth about the ICC’s Jurisdiction over Palestine”*, 2 September 2014, para. 5.

¹⁶⁹ *Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 31 December 2014.

¹⁷⁰ BENSOUDA, F., “The Public Deserves to know the Truth about the ICC’s Jurisdiction over Palestine”, *op. cit.*, para. 6.

¹⁷¹ *Ibid.*

De ahí que, a partir del 29 de noviembre de 2012, “por más que observador no miembro” como establece VACAS FERNÁNDEZ¹⁷², Palestina es un “Estado” para las Naciones Unidas y para la Comunidad internacional institucionalizada. Con todo ello, la Fiscal BENSOUA cambió sus miras y estableció que “Palestine could now join the Rome Statute.”¹⁷³ Pues, en efecto, así lo hizo Palestina. Sin perjuicio de la segunda declaración de 31 de diciembre de 2014, el 2 de enero de 2015, el Gobierno del Estado de Palestina, y no ya la ANP, se adhirió al Estatuto de Roma al depositar su instrumento ante el Secretario General de las Naciones Unidas¹⁷⁴. El Estatuto entró en vigor para el Estado de Palestina el 1 de abril de 2015, aunque la competencia temporal de la Corte se debe retrotraer al 13 de junio de 2014 por los efectos que produce la declaración *ad hoc* en este caso¹⁷⁵.

Por consiguiente, el 16 de enero de 2015 la Fiscalía decidió abrir un examen preliminar sobre la situación en Palestina al considerar que “since Palestine was granted observer State status in the UN by the UNGA, it must be considered a “State” for the purposes of accession to the Rome Statute.”¹⁷⁶ De acuerdo con la fórmula “todos los Estados” empleada por el párrafo primero del artículo 125¹⁷⁷, la Fiscalía argumenta que el papel de la Resolución 67/19 de la Asamblea General es *determinante* de la capacidad de Palestina para adherirse al Estatuto según ese mismo artículo¹⁷⁸.

¹⁷² VACAS FERNÁNDEZ, F., “El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por el Estado de Palestina: Un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas”, *op. cit.*, p. 23.

¹⁷³ BENSOUA, F., *op. cit.*, para. 6, *in fine*.

¹⁷⁴ Depositary Notification Reference: C.N.13.2015.TREATIES-XVIII.10.

¹⁷⁵ El Art. 11.2 del Estatuto de Roma prevé que «[s]i un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.»

¹⁷⁶ ICC, Press Release, *The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine*, 16 January 2015, ICC-OTP-20150116-PR1083, para. 10.

¹⁷⁷ Este artículo dice: «El presente Estatuto estará abierto a la firma de todos los Estados el 17 de julio de 1998 en Roma, en la sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Posteriormente, y hasta el 17 de octubre de 1998, seguirá abierto a la firma en Roma, en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Italia. Después de esa fecha, el Estatuto estará abierto a la firma en Nueva York, en la Sede de las Naciones Unidas, hasta el 31 de diciembre del año 2000.»

¹⁷⁸ ICC-OTP-20150116-PR1083, para. 11.

Sin embargo, este cambio en el estatus de Palestina trasciende del Estatuto, dado que no sólo le permitía ratificarlo, como efectivamente lo hizo, sino también prestar su consentimiento para obligarse por otros tratados multilaterales, lo que también ocurrió. Por ejemplo, una vez admitida como Estado Miembro de pleno derecho en la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), por votación nominal en el ámbito del Consejo Ejecutivo de 5 de octubre de 2011 —por 40 votos a favor, 4 en contra y 14 abstenciones, habiendo votado en contra los Estados Unidos¹⁷⁹—, Palestina ratificó algunos de los instrumentos más reseñables en materia de protección del patrimonio cultural como¹⁸⁰, en especial, la *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado* y sus dos Protocolos¹⁸¹. La propuesta preceptiva del Consejo Ejecutivo fue posteriormente ratificada por la Conferencia General en Resolución aprobada en la 11ª sesión plenaria el 31 de octubre de 2011¹⁸².

III. LA DELEGACIÓN DEL *IUS PUNIENDI* ESTATAL A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: SU OPONIBILIDAD A LOS ESTADOS NO PARTES Y LA NO INJERENCIA EN LOS ASUNTOS INTERNOS DEL ESTADO PARTE TERRITORIAL

Una vez que un Estado Parte en el Estatuto de Roma haya decidido ceder parte de su soberanía, en concreto, compartir el ejercicio del *ius puniendi* sobre su territorio con la Corte, los terceros Estados pueden negarse a reconocer semejante realidad cuando estén involucrados sus intereses mediante la inculpación de sus

¹⁷⁹ UNESCO, Consejo Ejecutivo, *Decisiones adoptadas por el Consejo Ejecutivo en su 187ª reunión, París, 21 de septiembre - 6 de octubre de 2011*, 187 EX/Decisiones, 30 de noviembre de 2011, p. 55, para. 40.

¹⁸⁰ Sobre la capacidad de Palestina de concluir tratados internacionales, puede consultarse AUST, A., "Capacity to conclude treaties", en *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2ª ed., 2007, pp. 58 y ss., at pp. 61-62.

¹⁸¹ UNESCO, *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado* (La Haya, 14 de mayo de 1954), su Primer Protocolo (La Haya, 14 de mayo de 1954) y su Segundo Protocolo (La Haya, 26 de marzo de 1999), Depósito de un instrumento de adhesión por Palestina, LA/DEP/2012/014.

¹⁸² UNESCO, Conferencia General, *Actas de la Conferencia General, 36ª reunión, París, 25 de octubre - 10 de noviembre de 2011*, Resolución No. 76, p. 93, mediante la que se «[d]ecide admitir a Palestina como miembro de la UNESCO.»

propios nacionales, al haber cometido crímenes de la competencia de la Corte en aquel territorio. En palabras de QUESADA ALCALÁ, cuando el Estado Parte ratifica el Estatuto, “lo que hace es delegar a la CPI el ejercicio de una competencia que originariamente le pertenece¹⁸³”, refiriéndose claramente a la capacidad de juzgar a cualquier conducta perpetrada por cualquier persona en el territorio sometido a su exclusiva jurisdicción; o desplegar su potestad jurisdiccional sobre cualquier hecho delictivo cometido por sus nacionales en el extranjero. Debemos partir de una premisa básica, según la cual el ejercicio de la jurisdicción territorial, ya sea por los tribunales nacionales del Estado del *locus delicti* o por la CPI, es un asunto del estricto orden interno. Dicho con otras palabras, el ejercicio del *ius puniendi* y el cómo ejercerlo es un asunto de la jurisdicción interna de los Estados.

La idea anterior responde, asimismo, a la voluntad de algunos Estados — todos los que hayan ratificado el Estatuto de Roma — de delegar su competencia a una jurisdicción supranacional para perseguir mejor y de forma más eficaz los crímenes más graves mediante la articulación de una respuesta colectiva¹⁸⁴. Estos tribunales internacionales, dice AKANDE, “are sometimes empowered to exercise the judicial jurisdiction that would otherwise be within the national jurisdiction of the relevant states¹⁸⁵.”

En el planteamiento construido por AKANDE, cuando se posiciona a favor de la legalidad de la delegación de jurisdicción nacional hacia un tribunal penal internacional, el autor utiliza como argumento la naturaleza internacional de los crímenes perseguidos por el Estatuto de Roma¹⁸⁶. En consecuencia, esos crímenes habilitan a cualquier Estado a ejercer incluso la jurisdicción universal cuando sea necesario para reprimir y castigar dichas conductas. Esta idea de que un Estado,

¹⁸³ QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 278.

¹⁸⁴ En opinión de AKANDE, «[i]nternational law permits (or, in certain cases, requires) all states to exercise criminal jurisdiction in respect of certain crimes because those crimes are deemed to be prejudicial to the interests of the international community as a whole.» Véase AKANDE, D., “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *op. cit.*, p. 626. Véase también BROOMHALL, B., *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 107.

¹⁸⁵ AKANDE, D., *op. cit.*, p. 627.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 625.

al ejercer su jurisdicción lo hace en beneficio de toda la Comunidad internacional, actuando como “agente¹⁸⁷” de ésta, es la que suscribe CASSESE¹⁸⁸ y contra la que se pronuncia MORRIS, afirmando que este planteamiento es inadmisibles¹⁸⁹. Esta autora argumenta que las consecuencias del ejercicio de la jurisdicción territorial por un tribunal internacional son sustancialmente diferentes, y las contrapone a las causas sustanciadas en el ámbito interno. Se opone a las primeras al tacharlas de inadmisibles para el Estado de la nacionalidad del acusado del crimen y acepta las segundas.

Por su parte, en las palabras del profesor SCHARF, “[t]here is nothing novel under international law about a state exercising jurisdiction over the nationals of another state accused of committing an offense [...] in the territory of the former state without the consent of the latter¹⁹⁰.” Manifestamos nuestra conformidad con la opinión del autor. Pues, no cabe la menor duda de que, en virtud del principio de territorialidad enunciado por el artículo 12.2 a) del Estatuto, toda persona, sea nacional o extranjera, está sometida a la jurisdicción del Estado territorial cuando se encuentre en su territorio, lo cual habilita también a la Corte para investigar a esa persona. En idéntico sentido, SCHEFFER afirma que: “[b]y becoming a party to the treaty, a state makes a onetime delegation of such jurisdiction to the court¹⁹¹.”

A modo de ejemplo, y con el fin de refutar la posición de MORRIS, podemos destacar que toda persona que se encuentre en suelo norteamericano está sujeta a la jurisdicción territorial de los Estados Unidos, y nadie cuestiona la validez de semejante afirmación. Por analogía, cualquier persona, con absoluta indiferencia de su procedencia o nacionalidad, está sometida a la jurisdicción penal del Estado territorial y, por ende, con carácter subsidiario, a la jurisdicción penal de la CPI. De ahí que, la Corte sea competente para conocer de un caso en el que el presunto

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 626.

¹⁸⁸ CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 284-285; BROOMHALL, B., *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 108-109.

¹⁸⁹ MORRIS, M., “High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States”, *op. cit.*, en particular pp. 29-47.

¹⁹⁰ SCHARF, M., “The ICC’s Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position”, *op. cit.*, p. 110.

¹⁹¹ SCHEFFER, D., “The International Criminal Court: The Challenge of Jurisdiction”, *op. cit.*, p. 70, *in fine*.

acusado del crimen sea nacional de un tercer Estado. Todo indica que este último es el problema para los más firmes opositores a la existencia de esta Institución, y a la posibilidad de que la Corte pudiera investigar y enjuiciar al personal militar de las mayores potencias bélicas desplegadas en el territorio de Estados Partes en el Estatuto. Ello puede, obviamente, causar graves daños a la política exterior de los Estados Unidos, lo cual hace que este país se oponga radicalmente al Estatuto de Roma “even if there was no prospect that the accused would ever actually face trial.”¹⁹²

Sin embargo, la posición de los Estados Unidos a este respecto es que esta jurisdicción de carácter internacional se fundamenta en un sistema convencional que no puede afectar a sus propios nacionales sin su consentimiento, aun cuando el crimen se haya cometido en el territorio de un Estado Parte. En este contexto, los Estados Unidos consideran que cuando la Corte ejerce su competencia sobre sus ciudadanos, ello sería contrario al Derecho Internacional, a menos que actúe el Consejo de Seguridad¹⁹³. Sobre tal reclamación, de inicio se puede plantear un problema relativo a la eficacia de los tratados internacionales respecto de terceros Estados. Se trata de aplicar en sus estrictos términos el artículo 34 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Recordemos que, en este caso en cuestión, no interviene el Consejo de Seguridad, excluyéndose la posibilidad de invocar el artículo 103 de la Carta y la primacía de ésta sobre el Estatuto.

¿Puede suponer la aplicación del Estatuto de Roma, siendo la ley penal, a los nacionales de terceros Estados una trasgresión de la regla *pacta tertiis*¹⁹⁴? La

¹⁹² SCHARF, M., “The ICC’s Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position”, *op. cit.*, p. 69. Véase U.S. Department of State, Bureau of Political-Military Affairs, *International Criminal Court*, Fact Sheet, August 2, 2002. La Oficina de Asuntos Político-Militares del Departamento de Estado de los Estados Unidos señaló entre los problemas más significativos respecto del Estatuto de Roma a la jurisdicción de la Corte: «**Jurisdiction:** The ICC purports to have jurisdiction over certain crimes committed in the territory of a state party, including by nationals of a non-party. Thus the Court would have jurisdiction for enumerated crimes alleged against U.S. nationals, including U.S. service members, in the territory of a party (Article 12), even though the U.S. is not a party.» Lo anterior es indicativo de que la primera preocupación de los Estados Unidos es que sus ciudadanos puedan ser enjuiciados por la comisión de los crímenes del Art. 5 del Estatuto por la Corte en las circunstancias descritas.

¹⁹³ AKANDE, D., *op. cit.*, p. 620.

¹⁹⁴ VAGIAS, M., *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*, *op. cit.*, pp. 187-188.

respuesta más directa es que no, y ello por el carácter internacional de la Corte¹⁹⁵. En efecto, el Estatuto no impone, ni directa ni indirectamente, ninguna obligación jurídica a los Estados no Partes, con lo que no parece contrariarse aquel principio. Además, hay que tener en cuenta que cuando la Corte ejerce su jurisdicción sobre una persona nacional de un tercer Estado lo hace *respecto del individuo*, por lo que no viola la soberanía del Estado de la nacionalidad en tanto que sujeto de Derecho Internacional. Una cosa es, como muy acertadamente manifiesta AKANDE, que la actuación de la Corte pueda afectar los intereses legítimos del Estado no Parte, y otra cosa muy distinta es defender que se le imponen obligaciones jurídicas que aquél nunca ha consentido¹⁹⁶. Esto último no tiene fundamento y tampoco puede condicionar, en detrimento de la jurisdicción de la Corte, la competencia de ésta, y alterar el orden interno del Estado territorial, que es soberano para imponer sus leyes penales sustantivas y procedimentales a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción, e incluso cuando dichas obligaciones emanan de un tratado internacional como el Estatuto de Roma¹⁹⁷. En definitiva, este último instrumento *no crea obligaciones ni derechos* de ningún tipo para el tercer Estado, preservándose en todo momento el aclamado principio del efecto relativo de los tratados¹⁹⁸. En la opinión de SCHARF, que suscribimos íntegramente, sobre la posición contraria, “Scheffer’s argument confuses the concepts of obligations of non-party states and the exercise of jurisdiction over the nationals of such states.”¹⁹⁹

En realidad, la Corte juzga a personas y no a Estados, ejerce su jurisdicción únicamente sobre individuos respecto de los crímenes tipificados en el artículo 5. Como lo evidencia SCHEFFER, “with the unique power to prosecute and sentence individuals.”²⁰⁰ Ello quiere decir que la responsabilidad penal es siempre a título

¹⁹⁵ CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D. y WILMSHURST, E., “The International Criminal Court”, en *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 2ª ed., 2010, pp. 144-180, pp. 172-173.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ KIRSCH, Ph., “The Rome Conference on the International Criminal Court: A Comment”, *American Society of International Law Newsletter*, November-December, 1998, p. 1.

¹⁹⁸ ARNAUT, D., “When in Rome...? The International Criminal Court and Avenues for U.S. Participation”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, No. 2, 2002-2003, pp. 525 y ss., at pp. 541-542; JOHNSON, M.T., “The American Servicemember’s Protection Act: Protecting Whom?”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, No. 2, 2002-2003, pp. 405 y ss., at p. 444.

¹⁹⁹ SCHARF, M., “The ICC’s Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position”, *op. cit.*, p. 98.

²⁰⁰ SCHEFFER, D., “U.S. Policy and the International Criminal Court”, *op. cit.*, p. 532.

individual, lo que excluye que sean sujetos activos en los términos en los que está redactado el Estatuto las entidades estatales. En otras palabras, el argumento del consentimiento del Estado de la nacionalidad no puede oponerse a la jurisdicción de la Corte, aun cuando ésta reconoce que el Estatuto de Roma puede desplegar ciertos efectos frente a los Estados terceros en “determinadas circunstancias”, de conformidad con los principios del Derecho Internacional²⁰¹.

En la Reunión Anual de la Sociedad Americana de Derecho Internacional de marzo de 1999²⁰², el embajador estadounidense SCHEFFER, tomando como base un artículo preliminar de MORRIS²⁰³, declaró básicamente que el Gobierno de los Estados Unidos no es de la opinión que el Derecho Internacional consuetudinario permite a un Estado delegar su jurisdicción territorial a un tribunal internacional sin el consentimiento del Estado de la nacionalidad del acusado del crimen²⁰⁴.

SCHEFFER identifica al artículo 12 del Estatuto de Roma como la “*parte más problemática*”²⁰⁵ del instrumento, precisamente porque faculta a la Corte a ejercer su jurisdicción sobre la lista de crímenes del artículo 5 “over the nationals of non-party states if the state of territory where the crime was committed is either a state party to the treaty or, as a non-party, has lodged a declaration of acceptance of jurisdiction”²⁰⁶.

En efecto, como ya hemos estudiado, el artículo 12.2 del Estatuto posibilita el ejercicio de la competencia judicial de la Corte sobre los nacionales de Estados que no son Parte en ese tratado, circunstancia que ha sido calificada, tanto por el

²⁰¹ ICC, *Request under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute””, 6 September 2018, ICC-RoC46(3)-01/18, en especial para. 44.

²⁰² ASIL, *Proceedings of the ninety-third Annual Meeting of the American Society of International Law*, March 24-27, 1999, Washington D.C.

²⁰³ MORRIS, M., *Exercise of ICC Jurisdiction over Nationals of Non-Party States*, March 1999. Se trata de un borrador preliminar, cuya versión final encontramos en el ya citado artículo de MORRIS, M., “High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 13-66. Encontramos una versión del mismo artículo en español: MORRIS, M., “Crímenes graves y errores conceptuales: la Corte Penal Internacional y los Estados no Partes”, en CHEHTMAN, A. (comp.), *Problemas estructurales de Derecho penal internacional*, Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 101-166.

²⁰⁴ SCHEFFER, D., “The International Criminal Court: The Challenge of Jurisdiction”, *op. cit.*, en especial p. 71, *in fine*.

²⁰⁵ Énfasis añadido.

²⁰⁶ SCHEFFER, D., *op. cit.*, p. 69.

embajador SCHEFFER como por la profesora MORRIS, como de “sin precedente²⁰⁷”. Entonces, ¿por qué los Estados Unidos están preocupados por la condición de los Estados no Partes en el marco del Estatuto de Roma²⁰⁸?

Por un lado, MORRIS defiende la posición de que la jurisdicción de la Corte sobre los nacionales de Estados no Partes es contraria al Derecho Internacional porque, incluso cuando el Estatuto no impone obligaciones para dichos Estados, “the ICC Treaty would abrogate the pre-existing rights of non-parties which, in turn, would violate the law of treaties.²⁰⁹” Más concretamente, MORRIS señala que la jurisdicción de la Corte en tales casos sería “exorbitante”, y que el Estado de la nacionalidad del acusado del crimen tendría un derecho, el derecho de estar libre del ejercicio de una jurisdicción exorbitante sobre sus nacionales, del que, dice la autora, se ve privado por los efectos que produce el Estatuto²¹⁰.

Por otro lado, tanto MORRIS como WEDGWOOD destacan que esa ilegalidad va a persistir si la Corte decide procesar a los nacionales de esos terceros Estados en los casos en que hayan actuado a título oficial o en nombre de sus respectivos Estados, dando como ejemplo una intervención militar, el despliegue de un arma, el recurso a un determinado método de guerra o cualquier otra conducta oficial que el Estado responsable sostiene que está permitida²¹¹. Por ello, ambas autoras comparten la opinión de que, en tales casos, el simple ejercicio de la competencia de la Corte, sin el consentimiento de este último Estado, genera una situación que es incompatible con el Derecho Internacional y que sería un presupuesto para la sustanciación de un conflicto entre el Estado territorial y el de la nacionalidad. Es decir, incluso cuando la Corte ejercerá formal y procesualmente su competencia

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 71: «there seem to be no precedents for delegating territorial jurisdiction...».

²⁰⁸ SCHEFFER, D., “U.S. Policy and the International Criminal Court”, *op. cit.*, p. 533.

²⁰⁹ MORRIS, M., “High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States”, *op. cit.*, pp. 26-27.

²¹⁰ «ICC jurisdiction over non-party nationals would appear to be exorbitant jurisdiction under international law, as shall be discussed below. The right of a state to be free from the exercise of exorbitant jurisdiction over its nationals cannot be abrogated by a treaty to which it is not a party.» *Ibid.*, p. 27.

²¹¹ MORRIS, M., *op. cit.*, pp. 14-15, 20-21; WEDGWOOD, R., “The Irresolution of Rome”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 193-214, at pp. 199-200, argumentando que: «There is no ordinary precedent for delegating national criminal jurisdiction to another tribunal, international or national, without the consent of the affected states, except in the aftermath of international belligerency.»

solamente con respecto al acusado del crimen, MORRIS y WEDGWOOD consideran que ello es una predisposición suficiente para plantearse un conflicto interestatal.

Como podemos apreciar, el centro de gravedad sobre el que se sitúan las posiciones enfrentadas gira alrededor de la competencia delegada por el Estado Parte a la Corte, consagrada con esta dialéctica en el artículo 12 del Estatuto, por lo que vamos a elevar la siguiente pregunta. La cuestión principal es si un Estado Parte puede delegar su jurisdicción territorial a un tribunal penal internacional sin el consentimiento del Estado de la nacionalidad del acusado del crimen. Así formulada la cuestión, parece que todos nos inclinaríamos a defender tal derecho, e incluso diríamos que toda intromisión externa sería contraria al principio de no injerencia en los asuntos del Estado territorial. En efecto, aquí entra en juego otro principio fundamental, como el principio de la igualdad soberana de los Estados y la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones de la Asamblea General que han desarrollado posteriormente dichos principios. Nos referimos, en concreto, a la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970²¹² y la posterior Resolución 36/103, de 9 de diciembre de 1981, específica sobre la *inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados*²¹³.

Efectivamente, la ratificación del Estatuto de Roma y la delegación del *ius puniendi* estatal a la Corte, para los casos previstos en aquel instrumento, es una cuestión de estricto orden interno para el Estado Parte o el Estado aceptante. Por tanto, estamos ante una decisión unilateral y soberana que, aunque supone una limitación autoimpuesta a la soberanía estatal²¹⁴, en ningún caso puede depender de la voluntad de una tercera parte. En consecuencia, como lo pone de manifiesto CRAWFORD, la soberanía es la *competencia suprema* dentro de un Estado y supone el ejercicio por éste de la totalidad de competencias en su orden interno, conforme

²¹² AGNU, Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* [UN Doc. A/RES/2625(XXV)].

²¹³ AGNU, Resolución 36/103, de 9 de diciembre de 1981, *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados* [UN Doc. A/RES/36/103].

²¹⁴ QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 275. En el mismo sentido, véase CORRAO, M.E., "Jurisdiction of the International Criminal Court and State Consent", en LATTANZI, F. (ed.), *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Naples: Editoriale Scientifica, 1998, pp. 92-93.

a su propio ordenamiento jurídico²¹⁵. La misma idea ha sido apuntada años atrás por HONRUBIA, diciendo que, desde el punto de vista jurídico, “cette souveraineté se traduit par un ensemble de compétences que l’Etat exerce de façon pleine et exclusive à l’intérieur de ses frontières et, de façon autonome et indépendante, dans ses relations extérieures.”²¹⁶

De cualquier forma, según la situación actual del Derecho Internacional y aplicado particularmente al Estatuto de Roma, no existe una limitación jurídica de fondo que impida la atribución o delegación de jurisdicción territorial de un Estado a un tribunal penal internacional, que a su vez sea competente para actuar sobre los nacionales de un tercer Estado. Pues bien, ésta ha sido la base para el establecimiento del Tribunal de Núremberg²¹⁷. En el mismo sentido se pronuncia AKANDE, cuando dice: “[t]here are important reasons of principle and sufficient precedents to suggest that delegations of national jurisdiction to international courts, in general, and to the ICC, in particular, are lawful.”²¹⁸ El profesor señala, en definitiva, que, en tanto en cuanto se haya atribuido la jurisdicción territorial, las cuestiones relativas a la nacionalidad quedan irrelevantes para el ejercicio de dicha competencia. Esto mismo se aplica con respecto a la jurisdicción territorial de la CPI²¹⁹, en el sentido de que el artículo 12.2 a) del Estatuto es un ejemplo de delegación jurisdiccional nacional hacia la Corte, que puede extenderse sobre los nacionales de los Estados no Partes.

Teniendo en cuenta todo ello, sería extremadamente incoherente permitir al Estado de la nacionalidad del acusado del crimen actuar como árbitro de la Comunidad internacional cuando considere que sus nacionales están expuestos a la jurisdicción de la Corte en el territorio de un Estado Parte. Ello es así porque los Estados pueden luchar contra la impunidad de esos crímenes a través de una

²¹⁵ CRAWFORD, J., “Sovereignty and Law”, *Recueil des Cours*, op. cit., pp. 70-89, at p. 71.

²¹⁶ ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, *Recueil des Cours*, Vol. 280, 1999, pp. 135-428, at p. 219.

²¹⁷ En este mismo sentido, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber III, “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Red, para. 45, *in fine*. Véase también *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946*, Nuremberg, 1947, Vol. I, p. 218.

²¹⁸ AKANDE, D., “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, op. cit., p. 625, *in fine*.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 630.

respuesta *individual* en el ámbito de sus propios tribunales, o *colectiva* por medio de una jurisdicción internacional. A partir de este momento, una vez creada ésta, el Estado de la nacionalidad del acusado del crimen no puede protestar y su falta de consentimiento no sería un obstáculo para que el nuevo órgano jurisdiccional, que es la expresión de la voluntad de los Estados, pueda, en lugar de todos ellos, ejercer su competencia en defensa de los intereses de la Comunidad internacional de una forma institucionalizada. De ahí que, el ejercicio de la jurisdicción penal sobre un individuo en el territorio de un Estado Parte, más que una amenaza a la soberanía del tercer Estado, se erige como una manifestación de soberanía²²⁰.

Es más, incluso podemos afirmar que estamos ante una regla estructural del Derecho Internacional. En efecto, así lo entiende CRAWFORD al manifestar que la delegación de jurisdicción territorial por parte de un Estado a favor de la Corte no requiere del consentimiento positivo de los demás Estados —terceros—, sino que se deduce de otras reglas ya establecidas²²¹. Por ejemplo, cuando el Consejo de Seguridad creó en 1993 y 1994 los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR), lo hizo en virtud de las facultades que le habían delegado los Estados Miembros de la Organización *ex* artículo 25 de la Carta²²². Se trataba de una delegación indirecta de jurisdicción criminal por parte de los Estados, porque no son éstos, sino aquél, quien, basándose en sus poderes generales, estableció los Tribunales *ad hoc*, que operaron incluso en relación con los nacionales de Estados no Miembros de la Organización.

En efecto, resulta cuando menos interesante mencionar el precedente que supuso el ejercicio de jurisdicción por el TPIY sobre los nacionales de un Estado, el Estado territorial, que no era Miembro de las Naciones Unidas en el momento

²²⁰ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, p. 286.

²²¹ Véase CRAWFORD, J., "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions", *British Yearbook of International Law*, Vol. 54, No. 1, 1983, pp. 75-118, at pp. 85-86. En esta contribución el autor distingue las reglas "estructurales" del Derecho Internacional de las reglas "positivas", en los siguientes términos: «Rules can thus be 'isolated' or 'positive', or they can be structural or systematic, deriving part at least of their validity from the assumption that international law is a system, not merely a set of primary norms...».

²²² SAROOSHI, D., *The United Nations and the Development of Collective Security. The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 25-32. En virtud del Art. 25 de la Carta, «[l]os Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.»

relevante de su creación y que no había expresado, por tanto, su consentimiento. Además, coincidió también la circunstancia de que el Estado del foro es el Estado de la nacionalidad de los acusados de los crímenes tipificados en el Estatuto del propio Tribunal²²³.

De nuevo, volviendo sobre la oposición de los Estados Unidos²²⁴, podemos referirnos a otro argumento en su contra, como país que sostiene que el ejercicio de jurisdicción por un tribunal internacional respecto de sus propios nacionales es ilegal, sin su consentimiento. A este respecto, podemos traer a colación el TPIY, sobre el que no se planteó un problema de competencia respecto de los nacionales de terceros Estados, sino respecto de los propios nacionales del Estado territorial. Ello se debió al hecho de que, en el momento de creación del TPIY, la República Federal de Yugoslavia, posteriormente denominada como Serbia y Montenegro, no ostentaba la condición de Miembro de las Naciones Unidas²²⁵. Pues bien, los Estados Unidos conocían a la perfección esta peculiar condición que afectaba a la República Federal de Yugoslavia, y que se había opuesto en repetidas ocasiones

²²³ La aceptación de la obligación de cooperar de la República Federal de Yugoslavia con el TPIY en el Acuerdo Marco General de Dayton [*The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*, iniciado en Dayton el 21 de noviembre de 1995 y firmado en París el 14 de diciembre de 1995], que pusieron fin a la Guerra de Bosnia que duró tres años y medio, es cuanto menos discutible [vid. JONES, J.R.W.D., "The Implications of the Peace Agreement for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *European Journal of International Law*, Vol. 7, No. 2, 1996, pp. 226-244]. Ello es así porque al firmar el Acuerdo Marco General de Dayton, la República Federal de Yugoslavia (RFY) actuaba como garante en el cumplimiento de las obligaciones del resto de partes implicadas en el conflicto en Bosnia. Además, la RFY argumentó sistemáticamente que el TPIY no tenía jurisdicción sobre los crímenes cometidos en su territorio, como prueba de que la misma no se había sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal. Véase ICTY, *Press Statement from the Prosecutor regarding Kosovo Investigation*, Press Release, CC/PIU/379-E, 20 January 1999.

²²⁴ Un ejemplo de delegación jurisdiccional por los Estados Unidos a un tribunal internacional en asuntos administrativos son los paneles binacionales creados en virtud del Capítulo 19 (*Revisión y solución de controversias en materia de anti-dumping y cuotas compensatorias*) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Pueden consultarse al respecto los siguientes autores: BURTON, M., "Assigning the Judicial Power to International Tribunals: NAFTA Binational Panels and Foreign Affairs Flexibility", *Virginia Law Review*, Vol. 88, No. 7, 2002, pp. 1529-1582; CANNON, J.R., *Resolving Disputes Under NAFTA Chapter 19*, Colorado Springs, Colo.: Shepard's McGraw-Hill, 1994, p. 414; LOWENFELD, A.F., *The Role of Government in International Trade. Essays over Three Decades*, London: Cameron May, 2000, p. 410. Asimismo, esta delegación ha sido cuestionada internamente en los Estados Unidos y ha sido considerada incluso anticonstitucional, aunque su validez permanece plena conforme al Derecho Internacional.

²²⁵ ICTY, *Prosecutor v. Milutinović, Ojdanić and Šainović*, Trial Chamber III, "Decision on Motion Challenging Jurisdiction", 6 May 2003 (Case No. IT-99-37-PT), para. 62, así como, generalmente, paras. 45-61.

a la jurisdicción del Tribunal²²⁶. No obstante, los Estados Unidos no se opusieron en ningún momento a esta realidad, ni objetaron el hecho de que una jurisdicción internacional ejercería su competencia sobre los nacionales de un tercer Estado.

Por otro lado, resulta paradójico que los Estados Unidos nunca se han opuesto a la jurisdicción nacional de los Estados considerados individualmente, cuando se declaran competentes sobre los individuos que se encuentren en su territorio y bajo su jurisdicción, incluso cuando se trate de ciudadanos de tercero Estados. Aunque, como ya hemos visto, un Estado puede delegar esta autoridad a un tribunal penal internacional, sin que ello sea constitutivo de un hecho ilícito internacional, como por cierto argumentan los Estados Unidos y algunos autores que defienden esta posición²²⁷.

Pues, el comportamiento omisivo de los Estados Unidos en los años 90, sin expresar su objeción persistente, tiene un significado importante en el ámbito del Derecho Internacional que le vincula jurídicamente. Así, su predisposición con el TPIY había creado una situación de *estoppel*, que se conoce como la doctrina de los actos propios²²⁸. En virtud de esta doctrina, la conducta de los Estados Unidos es concluyente, clara e inequívoca e induce a los demás Estados de la Comunidad internacional organizada a estimar como ciertas y verosímiles las consecuencias

²²⁶ El TPIY había informado repetidamente al Consejo de Seguridad sobre el incumplimiento de la República Federal de Yugoslavia de su obligación de cooperar con el Fiscal en la investigación de todas las posibles violaciones dentro de la jurisdicción del Tribunal, obstruyendo así su trabajo en Kosovo. La posición oficial de la RFY con respecto al Tribunal y sus actuaciones en Kosovo, expresada por un representante del Ministerio de Asuntos Exteriores, es que el Tribunal no tenía jurisdicción para llevar a cabo sus investigaciones en Kosovo y no se le permitirá hacerlo. Véase ICTY, *Statement by the Office of the Prosecutor: "The Prosecutor does not accept the refusal by the FRY to allow Kosovo investigations"*, Press Release, CC/PIU/351-E, 7 October 1998; JL/PIU/356-E, 22 October 1998; JL/PIU/371-E, 8 December 1998; JL/PIU/386-E, 18 March 1999.

²²⁷ Nos remitimos a las posiciones doctrinales *supra*.

²²⁸ Sobre los actos propios, véanse: BARBERIS, J.A., "Los actos jurídicos unilaterales como fuente del Derecho Internacional Público", en PÉREZ GONZÁLEZ, M. (coord.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid: Tecnos, 1993, pp. 101-116; BONDÍA GARCÍA, D., *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Barcelona: J.M. Bosch, 2004, pp. 13 y ss. [Libro electrónico]; JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Los comportamientos recíprocos en Derecho Internacional. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Madrid: Dilex, 2002, pp. 274-276; MACGIBBON, I., "Estoppel in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 7, No. 3, 1958, pp. 468-513; TORRES CAZORLA, M.I., *Los actos unilaterales de los Estados. Un análisis a la luz de la práctica estatal y de la labor de la Comisión de Derecho Internacional*, Madrid: Tecnos, 2010, p. 211.

jurídicas que se podrían derivar de ella²²⁹. Por tanto, las declaraciones hechas en contra de los propios actos o declaraciones, como sería afirmar que un Estado no puede delegar unilateralmente su jurisdicción territorial sin el consentimiento del Estado de la nacionalidad del acusado del crimen, serían unas declaraciones que no pueden surtir ningún efecto en aras al principio del *estoppel*. Simplemente, los Estados Unidos no pueden atacar la competencia de la CPI cuando los presuntos acusados del crimen sean sus propios nacionales, afirmando que no han prestado su consentimiento para que la Corte pueda investigarles o enjuiciarles, dado que, en tales casos, *venire contra factum proprium non valet*.

Más que cuestionar la legitimidad de la Corte²³⁰, en palabras de BASSIOUNI, la marcada oposición proveniente de algunos Estados — particularmente de los Estados Unidos, China, La India, o Rusia —, se debe a la preocupación de dichos Estados sobre la suerte que correrán los miembros de sus cúpulas militares y sus dirigentes políticos, presentes y antiguos²³¹. En efecto, si ellos atacan la autoridad de la Corte y la tachan de débil e ilegítima, consideramos que es porque conciben perfectamente el alcance de sus funciones jurisdiccionales y la posibilidad de que sus ciudadanos sean investigados y juzgados por la misma²³².

²²⁹ «[E]l *estoppel* impide que un Estado niegue la exactitud de un estado de cosas concreto o de un régimen particular resultado de la ordenación de intereses de un tercer Estado que, de buena fe, ha confiado legítimamente en la autenticidad del comportamiento claro e inequívoco del primer Estado...». JIMÉNEZ GARCÍA, F., *op. cit.*, pp. 274-276. Esta concepción estricta o restrictiva del *estoppel* ha sido confirmada por la práctica internacional y la jurisprudencia de la CIJ [véase el asunto de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*: ICJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment of 11 June 1998, ICJ Reports 1998, p. 275]. En este último caso, la CIJ señaló que no se habían cumplido las condiciones establecidas en su jurisprudencia para que se plantee la figura del *estoppel*. Según la CIJ, «[a]n *estoppel* would only arise if by its acts or declarations Cameroon had consistently made it fully clear that it had agreed to settle the boundary dispute submitted to the Court by bilateral avenues alone. It would further be necessary that, by relying on such an attitude, Nigeria had changed position to its own detriment or had suffered some prejudice (*North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 26, para. 30; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, Judgment*, I.C.J. Reports 1990, p. 118, para. 63).» Véase ICJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, *op. cit.*, p. 303, para. 57.

²³⁰ Según pensamos nosotros.

²³¹ Véase BASSIOUNI, M.C., “Perspectives on International Criminal Justice”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, No. 2, 2009-2010, pp. 269-323, at p. 317.

²³² A todo ello se pueden sumar las agresiones verbales vertidas por el Consejero de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, el Sr. John R. BOLTON, amenazando con sancionar a la Corte si llegase a abrir una investigación sobre el conflicto en Afganistán, afectando así a los intereses de los Estados Unidos y de sus ciudadanos. Vid. *Protecting American Constitutionalism and Sovereignty from the International Criminal Court*, Fact Sheets, September 10, 2018. Véase BOLTON, J.R., “The

En conclusión, podemos establecer que actualmente existe una aceptación generalizada sobre la conformidad jurídica de delegar una jurisdicción nacional a un tribunal internacional bajo unos criterios predeterminados estatutariamente. Esta conclusión se ha ido construyendo sobre la base de la práctica internacional y también la aquiescencia de los Estados cuando un tribunal internacional conoce de casos que afectan a los nacionales de terceros Estados. En estos supuestos, el consentimiento del Estado de la nacionalidad es absolutamente irrelevante para el ejercicio de tal jurisdicción. Esta delegación es especialmente acentuada en los casos de jurisdicción universal, y se encuentra además apoyada por los principios que alientan la lucha colectiva contra la impunidad, con el propósito de proteger los intereses comunes de la Comunidad internacional.

IV. LAS LIMITACIONES A LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DE LA CORTE SOBRE LOS NACIONALES DE ESTADOS NO PARTES

En este epígrafe, veremos algunas de las limitaciones jurisdiccionales a la competencia de la Corte que pueden entenderse como verdaderos obstáculos al funcionamiento ordinario de ésta, es decir, que pueden impedir el procesamiento de un individuo nacional de un tercer Estado considerado responsable de haber cometido un crimen en el territorio de un Estado Parte. En primer lugar, por ser una de las limitaciones más recurrentes, vamos a empezar con la inmunidad de jurisdicción de la que podrían beneficiarse algunas de las personas anteriores por su condición personal. Sin embargo, por la naturaleza de los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma, en particular, a la luz de su escala, gravedad y magnitud, solamente unos determinados individuos estarían en la posición de cometer tales crímenes, lo que sería efectivamente relevante en relación con su inmunidad ante la Corte. En segundo lugar, estudiaremos que esta limitación competencial puede proceder por vía convencional, es decir, a través de acuerdos internacionales que reglamentan el estatuto de las Fuerzas extranjeras estacionadas en el territorio de

Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America's Perspective", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 167-180.

un Estado Parte en el Estatuto, en virtud del artículo 98.2 de nuestro instrumento. El pretendido encaje jurídico de tales acuerdos a las disposiciones del artículo 98 son más que discutibles, en la medida en que si los analizamos detenidamente su última finalidad es la de frustrar el objeto y el fin del tratado, más que de ajustarse a la literalidad del precepto anterior.

A modo de introducción, conviene recordar que el propio Estatuto prevé una excepción legal a la competencia de la Corte sobre los nacionales de Estados no Partes cuando se trataba de investigar el crimen de agresión²³³. Esto es, cuando los nacionales de un tercer Estado cometan alguno de los tres crímenes de la lista del artículo 5 — genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra —, la Corte tendrá jurisdicción con arreglo al principio de territorialidad. Salvo que se trate del crimen de agresión, en cuyo caso la Corte no será competente, incluso cuando el crimen se haya cometido en el territorio de un Estado Parte. Se trata de una excepción que limita la competencia *ratione loci* y *ratione personae* de la Corte.

4.1. La inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado de la nacionalidad [del acusado del crimen]

Sin perjuicio de nuestro estudio de la inmunidad que hemos completado en el Capítulo II anterior, en esta parte del trabajo resulta obligada la referencia a la misma en los términos aquí relevantes. Hasta el momento hemos considerado que el responsable del crimen en el territorio de un Estado Parte es una persona ordinaria que no goza de inmunidad. Como ya sabemos, en virtud de los párrafos primero y segundo del artículo 27 del Estatuto, ni el cargo oficial ni la inmunidad jurisdiccional que conlleve eventualmente dicho cargo podrán ser invocadas ante la Corte. Ahora bien, la inmunidad como limitación a la jurisdicción territorial de la Corte exige nuestro análisis, sobre todo cuando se trate de los miembros de las

²³³ A este respecto, el párrafo 5 del Art. 15 *bis*, que regula el ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión, afirma que: «[r]especto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo.»

Fuerzas Armadas de un Estado no Parte que operan en el territorio de un Estado Parte.

Con respecto a las conductas supuestamente calificadas como crímenes de la competencia de la Corte, el elemento contextual establecido, por ejemplo, en el artículo 7, respecto de los crímenes de lesa humanidad y exigido por ese artículo, consiste en un “ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. Es, por ello, que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción cobra relevancia cuando el acusado del crimen sea un nacional de un Estado no Parte que, por su cargo de personal militar, goza de inmunidad en el territorio del Estado Parte donde haya tenido lugar la conducta, en los términos del artículo 12.2, letra a), del Estatuto.

En virtud del párrafo primero del artículo 27 del Estatuto, queda claro que no se produce distinción alguna basada en el cargo oficial del acusado del crimen, en el sentido de que su cargo oficial es absolutamente irrelevante para determinar su imputabilidad o no. La consecuencia inmediata de la improcedencia del cargo es la falta de inmunidad jurisdiccional para los funcionarios del Estado, inclusive cuando se trate de un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores en activo²³⁴, incluyendo a los miembros de un Gobierno o Parlamento, representantes elegidos o funcionarios gubernamentales. Dentro de esta lista hay que incluir también al personal militar, incluso cuando el artículo guarda silencio a este respecto²³⁵.

Ello significa, *prima facie*, que los funcionarios del Estado no Parte, o Estado de la nacionalidad que alega la incompetencia de la Corte, no pueden basarse en la inmunidad para eludir su responsabilidad ante aquella y evitar su jurisdicción. ¿Siempre? La respuesta es no. Hay que leer las disposiciones del artículo 27 junto con las del artículo 98, ya que se trata de una disposición relativa a la cooperación que precisa que habrá casos en los que dicha inmunidad, atribuida en virtud del

²³⁴ En este sentido, WATTS, A., “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, *Recueil des Cours*, Vol. 247, 1994, pp. 9-130, at p. 84.

²³⁵ Por cierto, el Art. 27 del Estatuto no se refiere expresamente al cargo del *personal militar*, aunque la inmunidad que conlleva el mismo se entiende subsumida en el precepto como una inmunidad *con arreglo al Derecho Internacional*.

Derecho Internacional [art. 98.1] o mediante una norma convencional [art. 98.2], va a desplegar sus efectos prevalentes con respecto a la aplicación del artículo 27.

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 98, que destina su mensaje directamente a la Corte y no al Estado Parte, aquélla no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con sus obligaciones internacionales respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga previamente la cooperación de ese Estado no Parte para la renuncia a dicha inmunidad. De ahí que, si bien la Corte ejercerá su competencia sobre los funcionarios de un Estado sin importar cuál es su cargo oficial, esa competencia puede verse limitada u obstaculizada si para su ejercicio se exige que el Estado Parte requerido incumpla sus compromisos de garantizar la inmunidad de un tercer Estado o de sus nacionales.

Cuando el párrafo primero dice que la “Corte no dará curso” a la solicitud de detención y entrega, significa que ésta se abstendrá de requerir al Estado Parte para que detenga y entregue a la persona acusada del crimen, porque esa persona goza de inmunidad en virtud del Derecho Internacional; a diferencia del párrafo segundo del artículo, en cuyo caso la inmunidad se atribuye por vía convencional mediante un acuerdo bilateral o multilateral. Por consiguiente, la Corte deberá declinar la solicitud de asistencia a la entrega que exija al Estado requerido actuar de forma inconsistente con sus compromisos internacionales, quebrantando así la inmunidad jurisdiccional de terceros²³⁶.

De esta manera, contemplamos esta abstención por parte de la Corte como una limitación a su competencia cuando la persona acusada sea el funcionario de un tercer Estado que disfruta de inmunidad *ratione personae* en virtud del Derecho Internacional, salvo, eso sí, que la jurisdicción de la Corte se haya activado por el Consejo de Seguridad *ex* artículo 13 b) del Estatuto con base en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En tal supuesto, no hay inmunidad que valga y la Corte podría requerir el cumplimiento de la orden de detención y entrega con

²³⁶ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute, op. cit.*, p. 1040.

todas sus consecuencias. Además, recordemos que tampoco habrá inmunidad en los casos de crímenes cometidos en el ejercicio de las funciones oficiales, puesto que la inmunidad *ratione materiae* nunca puede amparar la comisión de crímenes internacionales, al tratarse de una excepción consuetudinaria oponible a cualquier Estado²³⁷.

Ahora bien, téngase en cuenta que este párrafo no reconoce la “inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado”, sino que su fundamento es impedir que el Estado Parte requerido tenga que incurrir en responsabilidad internacional para dar cumplimiento a una orden emitida por la Corte. Si el párrafo segundo del artículo 27 afirma que no procede la inmunidad ante la Corte, no hay que entender que el artículo 98 restaura dicha prerrogativa. Su finalidad es distinta y tiene que ver con la cooperación exigida a los Estados Parte con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega²³⁸.

Está claro que las disposiciones del párrafo primero del artículo 98 pierden sentido cuando nos referimos a un Estado Parte, que mediante su ratificación del Estatuto de Roma ha renunciado a todo tipo de inmunidad que podrían disfrutar ordinariamente sus propios funcionarios en virtud del Derecho Internacional. Se trata, por tanto, de una disposición que cobra sentido operativo sólo con respecto a los Estados no Partes²³⁹.

4.2. Los acuerdos del artículo 98.2 del Estatuto de Roma: los Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas Armadas Extranjeras

²³⁷ A este respecto, puede consultarse el epígrafe 3.2 del Capítulo II, *supra*.

²³⁸ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, “Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal”, 6 May 2019, ICC-02/05-01/09OA2, para. 130.

²³⁹ Véanse AKANDE, D., “The Application of International Law Immunities in Prosecutions for International Crimes”, en HARRINGTON, J., MILDE, M. y VERNON, R. (eds.), *Bringing Power to Justice?: The Prospects of the International Criminal Court*, Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2006, pp. 47-98; BROOMHALL, B., *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, op. cit., p. 144; GAETA, P., “Official Capacity and Immunities”, op. cit., pp. 993-995; SCHABAS, W.A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 92; WIRTH, S., “Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute”, *Criminal Law Forum*, Vol. 12, No. 4, 2001, pp. 429-458, at pp. 452-454.

«La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega²⁴⁰.»

De forma análoga al apartado primero, el párrafo segundo del artículo 98 se refiere a que la Corte no dará curso a una orden de detección y entrega cuando el destinatario sea una persona nacional de un tercer Estado, con el que el Estado Parte requerido tenga firmado un acuerdo internacional del tipo previsto en esta disposición. Por lo tanto, aquí la fuente de la obligación para el Estado requerido no deriva del Derecho Internacional en general, sino de un compromiso bilateral o multilateral concreto, a saber, un acuerdo conforme al cual el Estado que envía tiene que expresar su consentimiento para la entrega de su nacional ante la Corte. En caso contrario, ante la vigencia de un acuerdo internacional y la existencia de

²⁴⁰ Además, junto al Art. 98.2, debemos tener en cuenta lo estipulado por la Regla 195 de las Reglas de Procedimiento y Prueba sobre el *suministro de información* (Sección V. *La cooperación con arreglo al artículo 98*): «1. El Estado requerido que notifique a la Corte que una solicitud de entrega o de asistencia plantea un problema de ejecución en relación con el artículo 98, proporcionará toda la información que sirva a la Corte para aplicar ese artículo. Cualquier tercer Estado interesado o el Estado que envíe podrá proporcionar información adicional para prestar asistencia a la Corte. 2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega sin el consentimiento del Estado que envíe si, con arreglo al párrafo 2 del artículo 98, ella fuera incompatible con las obligaciones que imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe antes de entregar a la Corte a una persona de ese Estado.»

El párrafo segundo de la Regla 195 fue inicialmente propuesto por los Estados Unidos en el quinto período de sesiones de la Comisión Preparatoria con la siguiente formulación: «The Court shall proceed with a request for surrender or an acceptance of a person into the custody of the Court only in a manner consistent with international agreements applicable to the surrender of the person.» Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, *Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional*, Nueva York, 13 a 31 de marzo de 2000 - 12 a 30 de junio de 2000, UN Doc. PCNICC/2000/1, *Propuesta presentada por los Estados Unidos de América sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba relativa a la Parte IX del Estatuto, que trata de la cooperación internacional y la asistencia judicial - Proyecto de regla relativa al artículo 98* [PCNICC/2000/WGRPE(9)/DP.4]. Con posterioridad se negoció un texto diferente que coincide con la versión actual del párrafo segundo de la Regla 195. Vid. Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, *Grupo de Trabajo sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba relativas a las Partes IX y X del Estatuto*, Nueva York, 16 a 26 de febrero de 1999, 26 de julio a 13 de agosto de 1999, 29 de noviembre a 17 de diciembre de 1999, *Documento de debate presentado por el Coordinador respecto de la Parte IX (Cooperación internacional y asistencia judicial)*, UN Doc. PCNICC/1999/WGRPE(9)/RT.2. La redacción final aparece en el Informe del Grupo de Trabajo, *Grupo de Trabajo sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba relativas a la Parte 9 del Estatuto*, Nueva York, 13 a 31 de marzo de 2000, 12 a 30 de junio de 2000, 27 de noviembre a 8 de diciembre de 2000, UN Doc. PCNICC/2000/WGRPE/L.14/Add.2. Véase el comentario de SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 1044.

una solicitud de detención y entrega, el Estado Parte no podrá entregar al tercero y ponerlo a disposición de la Corte.

Ahora bien, el artículo 98.2 no puede ser interpretado extensivamente en el sentido de concluir que permite a los Estados Partes celebrar amplios acuerdos bilaterales con los terceros Estados, con el fin de evitar la detención y la entrega de una persona requerida por la Corte. Esta práctica sería claramente contraria al objeto y fin del Estatuto de Roma y, más concretamente, a la previsión estipulada en este párrafo segundo²⁴¹.

Este precepto ha cobrado particular relevancia a partir del momento en el que los Estados Unidos decidieron lanzar una amplia campaña de celebración de acuerdos bilaterales²⁴², tanto con Estados Partes en el Estatuto como con terceros, para impedir que la Corte pudiera ejercer su jurisdicción, como ya avanzamos en la situación en Afganistán, sobre sus propios nacionales, independientemente de cuál es su condición personal²⁴³. Así, en palabras de William PACE, estas prácticas “forman parte de un esfuerzo multifacético del gobierno estadounidense para socavar la justicia internacional, el derecho internacional y las propias misiones internacionales de mantenimiento de la paz.”²⁴⁴

A los acuerdos internacionales del artículo 98.2 se les conoce en la práctica con el nombre de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad (o BIAs, por sus siglas en

²⁴¹ AKANDE, D., “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *op. cit.*, p. 642.

²⁴² Véase AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Corte Penal Internacional: Los esfuerzos estadounidenses por conseguir impunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra*, Índice AI: IOR 40/025/2002/s, publicado por Amnistía Internacional el 2 de septiembre de 2002. En el ámbito de la doctrina puede consultarse SCHEFFER, D., “Article 98(2) of the Rome Statute: America’s Original Intent”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, No. 2, 2005, pp. 333-353, at p. 336. En las palabras de SCHABAS, se trataba de una campaña diplomática de acoso extendida a los Estados Partes en el Estatuto “diplomatic bullying campaign”, *op. cit.*, p. 1045. En este mismo sentido puede consultarse la publicación de HUMAN RIGHTS WATCH, *United States Efforts to Undermine the International Criminal Court. Legal Analysis of Impunity Agreements*, 2002.

²⁴³ La información disponible indica que, con fecha 11 de diciembre de 2006, el Departamento de Estado de los Estados Unidos había informado de la celebración de 102 Acuerdos Bilaterales de Inmunidad (BIA) en un esfuerzo por proteger a los ciudadanos estadounidenses de la jurisdicción de la CPI. La *Coalición por la Corte Penal Internacional* enumera a más de 100 acuerdos en su Hoja Informativa sobre el estado de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad de los Estados Unidos, *vid.* Status of US Bilateral Immunity Agreements. Aquí se puede consultar el listado de los países que han suscrito acuerdos del Art. 98 del Estatuto con los Estados Unidos [fuente consultada en línea el 23 de enero de 2019, *Georgetown Law Library*].

²⁴⁴ Véase PACE, W.R., Coordinador de la Coalición por la Corte Penal Internacional, 13 de agosto de 2002. Véase, *supra*, en el Índice AI: IOR 40/025/2002/s.

inglés), Acuerdos Bilaterales de no Entrega, o Acuerdos de Impunidad. Estos son los tipos de acuerdos que han ido firmando los Estados Unidos con otros Estados. Ahora bien, una de estas manifestaciones más notorias de acuerdos que podrían entrar en el ámbito de aplicación del párrafo segundo del artículo 98, aunque no sin polémicas a este respecto²⁴⁵, son los conocidos comúnmente como Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas Extranjeras (*Status of Foreign Forces Agreements* o SOFAs, por sus siglas en inglés). Podemos afirmar que esta categoría de acuerdos son los que mejor se ajustan a la literalidad de la norma, y son los que estuvieron en la órbita de los redactores del Estatuto a la hora de redactar el párrafo segundo del artículo 98²⁴⁶. En aquel momento se intentó salvar la conformidad de aquellos acuerdos firmados antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma y garantizar así su sintonía con el texto estatutario²⁴⁷.

La redacción del párrafo revela en sí mismo esta idea de que se refiere, aun sin mencionarlos, a los acuerdos SOFA. El estilismo al que se recurre de “Estado que envíe”, para designar al Estado de la nacionalidad de las fuerzas desplegadas o estacionadas en el Estado Parte, siendo el Estado anfitrión o huésped, es propio de estos acuerdos. En este tipo de tratados se incluyen un conjunto de reglas que reglamentan la presencia y la situación jurídica de los miembros pertenecientes a las Fuerzas Armadas del Estado que las envía en el territorio del Estado que las recibe. Sobre todo, hay una cuestión que trasciende del contenido de los acuerdos y es que los mismos regulan a cuál de estos dos Estados corresponde el ejercicio

²⁴⁵ Entre los que defienden que el Art. 98.2 del Estatuto está previsto únicamente para los acuerdos SOFA, véase Amnistía Internacional, *ibid.*: «... el artículo 98.2 se introdujo para garantizar que los existentes Convenios sobre el Estatuto de las Fuerzas no quedaran anulados por el Estatuto de Roma, posterior en el tiempo. No se concibió como licencia para actuar impunemente con respecto a la Corte dejando que los Estados firmasen después entre ellos subsiguientes Convenios bilaterales que socavasen el conjunto de la estructura estatutaria.»

²⁴⁶ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute, op. cit.*, p. 1038.

²⁴⁷ TRIFFTERER, O., “‘Irrelevance of Official Capacity’ - Article 27 Rome Statute Undermined by Obligations under International Law or by Agreement (Article 98)?”, en BUFFARD, I., CRAWFORD, J., PELLET, A. y WITTICH, S. (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2009, pp. 571-602, at pp. 597-598.

de la jurisdicción criminal sobre los integrantes de los contingentes militares para investigar y enjuiciar, dado el caso, sus actos criminales²⁴⁸.

¿Son conformes dichos acuerdos con la literalidad del párrafo segundo del artículo 98, teniendo en cuenta que el propósito primero del Estatuto es poner fin a la impunidad de los autores de esos graves crímenes? ¿Se trata de acuerdos que tienen como destinatarios únicamente a los Estados Parte? Pues bien, por un lado, no encontramos nada en los *travaux préparatoires*, constituyendo el registro oficial de la Conferencia de Roma²⁴⁹, que indique que el párrafo segundo del artículo 98 se refiere únicamente a los Estados Partes. El precepto habla tan sólo de “Estado requerido”, que entendemos debe ser necesariamente un Estado Parte, ya que es requerido por la misma Corte, debiendo responder a su solicitud de cooperación. Por otro lado, la entrega del responsable del crimen que se encuentre presente en el territorio del Estado Parte, solamente puede producirse con el acuerdo expreso del Estado de su nacionalidad, que es el Estado que envía en la terminología del precepto estatutario. De ahí que, el artículo 98.2 no excluye la posibilidad de que los acuerdos a los que se refiere puedan celebrarse por un Estado tercero respecto de un Estado Parte, frente al que se planteará el incumplimiento obligacional. Se pretende, en definitiva, evitar la sustanciación de las denominadas obligaciones concurrentes.

En cuanto a la conformidad de los *Acuerdos Bilaterales de Inmunidad* con el artículo 98.2, son acuerdos promovidos por los Estados Unidos con otros Estados, necesariamente Partes para que la Corte pudiera ejercer su jurisdicción territorial, comprometiéndose a no entregar a los nacionales estadounidenses a la Corte en el caso de que sea requeridos para ser procesados judicialmente. Para estos casos en concreto, los Estados Unidos defienden a ultranza la legalidad de los acuerdos, e incluso exigen su mención explícita en el texto de las resoluciones del Consejo de Seguridad, so pena de recurrir al veto²⁵⁰. Sin embargo, el Parlamento Europeo

²⁴⁸ SCHEFFER, D., “Article 98(2) of the Rome Statute: America’s Original Intent”, *op. cit.*, p. 339. Véase *United States Government informal comments on extradition/surrender approach of ILC draft of a statute for an international criminal court*, July 14, 1995.

²⁴⁹ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, p. 1038.

²⁵⁰ En este sentido, en la Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo, por la que se remitió la situación en Darfur a la Fiscalía de la Corte, se incluyó la siguiente referencia: «Tomando nota de la existencia

se opone radicalmente a la compatibilidad de tales acuerdos con las disposiciones del Estatuto de Roma, y afirma lo siguiente²⁵¹:

«Considerando que la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos para persuadir a los Estados Partes y a los Estados Signatarios del Estatuto de Roma, así como a Estados no signatarios, de que **celebren acuerdos bilaterales de inmunidad** que, **sirviéndose indebidamente de su artículo 98**, impidan que funcionarios y empleados del Gobierno, personal militar o ciudadanos de los Estados Unidos sean entregados a la Corte Penal Internacional, no debería dar resultados en ningún país y, en particular, en los Estados miembros de la UE, los países candidatos a la adhesión a la UE, los países participantes en el Proceso de Estabilización y Asociación, los países asociados con la UE en la Asociación Euromediterránea, los países del Mercosur, el Pacto Andino y el Proceso de San José o los países ACP²⁵²».

En segundo lugar, como manifiesta AKANDE²⁵³, la suerte de tales acuerdos dependerá de la interpretación que se le otorgue al párrafo segundo del artículo 98 y de la posición legal de los Estados, que pueden encontrarse ante obligaciones en conflicto con la CPI²⁵⁴. En el mismo sentido que el párrafo primero del artículo 98 se refería a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un *tercer Estado*, debemos concluir que el párrafo segundo fue pensando para los Estados no Partes que mantuvieran relaciones jurídicas del tipo señalado con una Parte²⁵⁵.

No obstante, cabe apreciar que el lenguaje del párrafo segundo utilizando el término “Estado que envíe” sugiere que la disposición no se refiere a cualquier tipología de acuerdos que pudiera verificarse en la práctica, sino tan sólo a unos acuerdos específicos, en los que necesariamente un Estado envía y el otro recibe a una persona de su nacionalidad. Lo anterior indica que se trata de una situación preexistente entre los Estados implicados. Una sintaxis similar se emplea cuando

de los acuerdos mencionados en el artículo 98-2 del Estatuto de Roma», precisamente para dotar de mayor legitimidad la práctica de los Estados Unidos.

²⁵¹ Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Corte Penal Internacional (CPI)*, de 26 de septiembre de 2002, P5_TA(2002)0449.

²⁵² *Ibid.*, considerando D. Énfasis añadido.

²⁵³ AKANDE, D., “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *op. cit.*, p. 643.

²⁵⁴ Por un lado, la obligación de entregar a la Corte a una persona sometida a su jurisdicción, pero que es nacional de un tercer Estado; y, por otro, la obligación de no entregar o de no extraditar a dicha persona según dispone el acuerdo bilateral.

²⁵⁵ WIRTH, S., “Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute”, *op. cit.*, pp. 455-456.

un Estado envía una “misión especial” ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado²⁵⁶. Por tanto, la condición de oficialidad debe estar presente siempre y la persona enviada debe desempeñar una función oficial en representación del Estado que envía, esto es, en el cumplimiento de un acto oficial. A *sensu contrario*, si la persona actúa meramente como un sujeto privado, entonces no podría estar comprendida dentro del ámbito de aplicación de los acuerdos a los que se refiere la disposición que examinamos²⁵⁷.

Estos acuerdos bilaterales que conceden inmunidad de jurisdicción ante la Corte, cuando el mismo Estatuto de Roma en su artículo 27 la proscribiera, al menos en el formato propuesto por los Estados Unidos, atacan la integridad del Estatuto de Roma y socavan el normal y efectivo funcionamiento de la Corte. Se trata de **acuerdos que no se ajustan al tenor literal** del párrafo segundo del artículo 98²⁵⁸. Es más, son acuerdos que contribuyen a fomentar un espacio de impunidad para los sospechosos de haber cometido crímenes de la competencia de la Corte, pero también violan el principio *pacta sunt servanda* y la obligación general impuesta a los Estados Partes en el Estatuto por el artículo 18 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de no frustrar el objeto y el fin del tratado. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa no ha tardado en rechazar energéticamente la campaña estadounidense en estos términos:

²⁵⁶ Véase la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* de 1961, la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* de 1963, o la *Convención sobre las Misiones Especiales* de 1969. Cabe destacar que, aunque no hubiere sido la intención de que dichos tratados acabaran siendo comprendidos por el ámbito de aplicación del Art. 98.2, sino por el párrafo primero de este artículo, el tenor del párrafo segundo nos da a entender que este tipo de tratados que confieren algún tipo de privilegio entran dentro de su ámbito de aplicación material.

²⁵⁷ Véanse BENZING, M., “U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Exercise in the Law of Treaties”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 8, 2004, pp. 181-236, at p. 211; MURPHY, S.D., “U.S. Bilateral Agreements Relating to ICC”, *American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 1, 2003, pp. 200-203; ZAPPALÀ, S., “The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UNSC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 1, 2003, pp. 114-134, at p. 129.

²⁵⁸ JOHANSEN, R.C., “The Impact of US Policy toward the International Criminal Court on the Prevention of Genocide, War Crimes, and Crimes against Humanity”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 2, 2006, pp. 301-331; TAN, Ch.J., “The Proliferation of Bilateral Non-Surrender Agreements Among Non-Ratifiers of the Rome Statute of the International Criminal Court”, *American University International Law Review*, Vol. 19, No. 5, 2003, pp. 1115-1180, at p. 1132.

«[S]uch agreements are in breach of the Rome Statute of the ICC (in particular its Articles 27, 86 and 98, paragraph 2 which allow only narrowly-defined exemptions within the framework of status of force agreements), and of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, according to which states must refrain from any action which would not be consistent with the object and purpose of a treaty²⁵⁹.»

Sobre la influencia de los acuerdos SOFA con respecto a la jurisdicción de la Corte, igualmente podemos remitirnos a lo estipulado por O'KEEFE:

«A State Party's surrender for prosecution by the Court of a person whom it has undertaken not to prosecute would constitute a breach by that State Party of its undertaking, since it would amount to the prosecution by that state, via the medium of the Court, of the person²⁶⁰.»

En efecto, según lo que acabamos de afirmar, podemos concluir que dichos acuerdos están destinados a impedir, en términos generales y sin diferenciar, que ciudadanos estadounidenses (*nationals*²⁶¹), acusados por la Fiscalía de la Corte de haber cometido presuntamente actos criminales tipificados como crímenes del artículo 5 del Estatuto, puedan ser efectivamente entregados a la Corte. A modo

²⁵⁹ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1336 (2003), *Threats to the International Criminal Court*. Texto adoptado por la Asamblea el 25 de junio de 2003 (20ª sesión) [vid. Doc. 9844, Doc. 9844, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr. Marty].

²⁶⁰ O'KEEFE, R., "Response: "Quid," Not "Quantum": A Comment on "How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms", *op. cit.*, p. 439.

²⁶¹ Una muestra más de lo anterior encontramos en los textos que acompañan la adopción de la Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, que remite la situación en Darfur, Sudán, a la Fiscalía de la Corte. En ellos, la representante de los Estados Unidos, Sra. PATTERSON, señaló que: «Como se sabe, en lo que respecta a nuestras preocupaciones sobre la competencia de esta Corte y la posibilidad de que se politicen los procesamientos, desde que entró en vigor el Estatuto de Roma hemos concertado acuerdos con 99 países, más de la mitad de los Estados Miembros de esta Organización, para protegernos de la posibilidad de traslado o de entrega **de nacionales de los Estados Unidos** a dicha Corte. Apreciamos el hecho de que en la resolución se tome nota de la existencia de esos acuerdos y, a medida que avancemos, seguiremos concertando acuerdos de esa índole con otros países.» Vid. CSNU, *Informe del Secretario General sobre el Sudán, Carta de fecha 31 de enero de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General (S/2005/60)*, UN Doc. S/PV.5158, p. 4. La negrita es nuestra.

Por el contrario, la delegación de Brasil se opuso a la referencia anterior incluida a petición de los Estados Unidos, afirmando lo siguiente: «El texto que acaba de aprobarse contiene un párrafo del preámbulo en virtud del cual el Consejo toma nota de la existencia de acuerdos a los que se hace referencia en el artículo 98-2 del Estatuto de Roma. Resulta difícil para mi delegación apoyar una referencia que, no sólo no favorece la lucha contra la impunidad, sino que también subraya una disposición cuya aplicación ha sido una cuestión sumamente polémica. Consideramos que sería contradictorio mencionar, en el texto mismo de una remisión hecha por el Consejo a la Corte Penal Internacional, medidas que limitan la jurisdicción de la Corte.» En efecto, Brasil reconoció que esta inclusión llevaba consigo consecuencias sustanciales y que no se trataba simplemente de una declaración inocua por parte de los Estados Unidos. *Ibid.*, p. 12.

de ejemplo, podemos hacer mención directa al *Acuerdo sobre la entrega de personas a la Corte Penal Internacional entre la República de Azerbaiyán y los Estados Unidos de América* de 26 de febrero de 2003²⁶². Sobre este Acuerdo nos llama poderosamente la atención que, para su adopción, las partes se fundamentan en el artículo 98 del Estatuto de Roma [“[b]earing in mind Article 98 of the Rome Statute²⁶³”], cuando ni Azerbaiyán ni los Estados Unidos han ratificado este instrumento. Es decir, se fundamentan jurídicamente en una disposición *que no les pertenece*. En cualquier circunstancia, no hay que perder de vista que el artículo 98.2 no prejuzga sobre la validez de un acuerdo internacional que no entre en su ámbito de aplicación; tal acuerdo seguiría plenamente válido ante el Derecho Internacional y obligaría a las partes contratantes a cumplirlo en los términos estipulados²⁶⁴. Si el Estado Parte decide dar cumplimiento a la orden emitida por la Corte, debería responder internacionalmente por el incumplimiento frente al tercer Estado, que no habría dado su consentimiento a la entrega. Se trataría claramente de una situación de *obligaciones concurrente conflictivas*: por un lado, hacia la Corte y, por otro, hacia el tercer Estado; ninguna de las cuales tendría carácter preferente para decidir sobre su cumplimiento.

Volviendo a la situación en Afganistán, hemos visto que los miembros que integran las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos con presencia en el territorio afgano se benefician de un estatus especial y privilegiado otorgado por el *Acuerdo de Cooperación de Seguridad y Defensa entre los Estados Unidos de América y la República Islámica de Afganistán* de 30 de septiembre de 2014. En virtud del mismo, ninguna de sus conductas podrá ser investigada ni enjuiciada por las autoridades

²⁶² *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Azerbaijan regarding the surrender of persons to the International Criminal Court*. El mismo se había firmado en Washington el 26 de febrero de 2003, y entró en vigor el 28 de agosto de 2003. El Art. 1 dice: «For the purposes of this Agreement, “persons” are current or former Government officials, employees (including contractors), or military personnel or nationals of one Party.» Ello demuestra que el ámbito de aplicación personal de los acuerdos firmados por los Estados Unidos con otros países para evitar la entrega o la transferencia de sus ciudadanos a la Corte exceden de lo dispuesto en el Art. 98.2, sobre el que, por otra parte, se fundamentan las Partes.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ AKANDE, D., “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *op. cit.*, p. 646; SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, p. 1045.

judiciales afganas²⁶⁵. Conviene clarificar que los nacionales de los Estados Unidos gozan de inmunidad *en virtud del Acuerdo SOFA*; de una inmunidad convencional que entraría en conflicto con lo estipulado por el artículo 27.2 del Estatuto. Si bien es cierto que este último artículo no es oponible a los Estados Unidos; aunque sí a Afganistán por su condición de Parte. Por lo tanto, ese Estado se enfrentaría con dos obligaciones concurrentes y conflictivas: la que emana del Estatuto y ordena la detención y entrega de una de las personas que gozan de inmunidad según el Acuerdo SOFA. Y, por otro lado, la que nace de ese tratado y reconoce a favor de los Estados Unidos el derecho de que ninguno de sus nacionales desplegados en el Estado anfitrión sería entregado a la Corte, ya se trate del personal militar, del componente civil, o simplemente de ciudadanos ordinarios²⁶⁶.

Entonces, ¿cómo se solucionaría dicha situación? En primer lugar, la Corte debería de abstenerse, de no dar curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual Afganistán debiera actuar de forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Acuerdo SOFA, conforme al cual se requiere expresamente, según el artículo 13.5, el consentimiento de los Estados Unidos como Estado que envía las Fuerzas Armadas para entregar a la Corte a una persona sujeta a su jurisdicción. Este resultado podría obtenerse en el caso de que, la Corte, como estipula el inciso final del artículo 98.2, obtenga previamente la cooperación de los Estados Unidos para que dé su consentimiento a la entrega, lo cual resultaría improbable porque la intención de ese país ha sido precisamente la de no entregar a sus nacionales a ningún tribunal internacional.

²⁶⁵ Además del Acuerdo Bilateral SOFA entre Afganistán y los Estados Unidos, la Administración Provisional de Afganistán, antes de que este país se convirtiese en Estado Parte en el Estatuto de Roma el 10 de febrero de 2003, había suscrito en 2002 un Acuerdo Técnico Militar con la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad [*Military Technical Agreement between International Security Assistance Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan*], en el que se disponía expresamente que: «The Interim Administration agree that ISAF and supporting personnel, including associated liaison personnel, may not be surrendered to, or otherwise transferred to the custody of, an international tribunal or any other entity or State without the express consent of the contributing nation.» Véase el Anexo del Acuerdo: *Annex A. Arrangements regarding the Status of the International Security Assistance Force*. También puede consultarse el último Acuerdo SOFA firmado entre Afganistán y la OTAN: *Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO personnel conducting mutually agreed NATO-led activities in Afghanistan*, 30 September 2014.

²⁶⁶ Véase el Art. 13.5, *Security and Defense Cooperation Agreement between the United States of America and the Islamic Republic of Afghanistan*, 30 September 2014.

La conclusión de todo ello es que, si bien la existencia del Acuerdo SOFA no incide en el ejercicio de la competencia de la Corte²⁶⁷, en cambio, sí que puede alterar el funcionamiento de la misma cuando llegue el momento procesal de que el presunto responsable tenga que comparecer para la confirmación de los cargos e incluso para el juicio oral, ya que los procesos *in absentia* están proscritos por el Estatuto²⁶⁸. En esta situación, la imposibilidad jurídica de cooperación del Estado Parte requerido, Afganistán, podría impedir que la Corte ejerza efectivamente su competencia sobre la situación. Ello es así porque, ni la obligación que emana del Estatuto de Roma, ni la obligación de no transferencia que dictamina el Acuerdo SOFA, tienen superioridad jerárquica una respecto de la otra, lo cual implica que tampoco procedería invocar la operatividad del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas en tal supuesto²⁶⁹.

Una última opción a explorar, sería recurrir al artículo 30 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* porque, realmente, nos encontramos ante dos tratados sucesivos concernientes a la misma materia, aunque diametralmente opuestos en su contenido²⁷⁰. Entonces, ¿cuál de ellos aplicamos primeramente? Para empezar, el párrafo primero del artículo se refiere, en plural, a “los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia”. No obstante, en nuestro caso, las partes en el tratado anterior (el Estatuto) no coinciden con las del tratado posterior (el SOFA), sabiendo que los Estados Unidos no son Parte en el Estatuto.

²⁶⁷ ICC-02/17-7-Red, para. 46.

²⁶⁸ El Art. 63 del Estatuto consagra la regla de la presencia del acusado en el juicio y estipula que éste «estará presente durante el juicio».

²⁶⁹ Esta disposición será objeto detallado de análisis en el Capítulo VI, *infra*, al cual nos remitimos. En este momento nos referimos solamente a su operatividad, sin perjuicio del estudio que se hará más adelante.

²⁷⁰ La bibliografía sobre los criterios interpretativos respecto de tratados sucesivos concernientes a la misma materia es muy extensa, por lo que, pueden consultarse las siguientes contribuciones, entre otras: AKEHURST, M., “The Hierarchy of the Sources of International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, No. 1, 1975, pp. 273-285; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 203-230; FITZMAURICE, G., “The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 92, 1957, pp. 1-227; LÓPEZ MARTÍN, A.G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 106-198; REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Madrid: Tecnos, 1987, pp. 325-351; VILLAGRÁN KRAMER, F., *Derecho de los Tratados*, Guatemala: Ferg Editores, 2ª ed., 2003, pp. 75-90; WRIGHT, Q., “Conflicts Between International Law and Treaties”, *American Journal of International Law*, Vol. 11, No. 3, 1917, pp. 566-579.

De ahí que, en virtud de la letra b) del artículo 30.4, interpretado a *sensu contrario*, o, mejor dicho, leído *e contrario*, cuando las partes en el tratado [posterior] no sean todas ellas partes en el tratado [anterior²⁷¹], tal circunstancia nos permite llegar a la siguiente conclusión: en las relaciones entre un Estado que sea Parte en ambos tratados (Afganistán) respecto de otro Estado que lo sea en uno de ellos (Estados Unidos), los derechos y las obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean Partes. De esta manera, sus relaciones se regirán por las disposiciones del Acuerdo SOFA, que consagra la regla de la inmunidad procesal prohibiendo la entrega de todo personal militar y componente civil a un tribunal penal internacional, incluida la CPI.

En efecto, siguiendo la posición mantenida por la profesora LÓPEZ MARTÍN respecto del problema del conflicto de tratados, nos adherimos a sus palabras: “un conflicto de normas sólo puede ocurrir cuando ambas normas estén en vigor y, además, sean aplicables a una situación determinada.²⁷²” En consecuencia, no sólo el Estatuto de Roma, sino también el Acuerdo SOFA siguen en vigor, aunque se aplican desigualmente a los Estados implicados. Con ello, es necesario también que al menos uno de esos Estados sea parte en los dos tratados, puesto que, como manifiesta la autora, “los tratados que vinculan a partes totalmente diferentes no pueden nunca entrar en conflicto.²⁷³”

Además, la solución a la que acabamos de llegar se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir Afganistán como Estado Parte *vis-à-vis* la Corte²⁷⁴, fundamentalmente “por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones [son] incompatibles con las obligaciones contraídas con

²⁷¹ El Art. 30.4 de la CVDT dice así: «[c]uando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior».

²⁷² LÓPEZ MARTÍN, A.G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, op. cit., p. 87. A su vez, la autora comparte plenamente la opinión de Kelsen: véase Kelsen, H., “Conflict between obligations under the Charter of the United Nations and obligations under other international agreements. An analysis of Article 103 of the Charter”, *University of Pittsburg Law Review*, Vol. 10, 1948-1949, pp. 284-294, at p. 285.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Puede consultarse Kress, C. y Prost, K., “Article 98. Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender”, en Triffterer, O. y Ambos, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 2117-2146, at p. 2146, para. 56.

respecto a otro Estado en virtud de otro tratado”, según dispone el párrafo quinto del artículo 30 de la citada Convención.

En cuanto al momento temporal de la celebración de estos acuerdos, que sería determinante para admitir su compatibilidad o no con el Estatuto de Roma, resulta que el apartado segundo del artículo 98 no se pronuncia explícitamente sobre esta cuestión, a diferencia de los artículos 90.6²⁷⁵ y 93.3²⁷⁶, que sí se refieren a las obligaciones internacionales *existentes*, dejando esta materia sin determinar. Como sabemos, toda cuestión abierta admite diferentes posiciones doctrinales, lo que sucede también aquí. Una parte de la doctrina se inclina por la interpretación literal y contextual del precepto, diciendo que, si éste no excluye expresamente a los acuerdos subsiguientes a la entrada en vigor del Estatuto, o sea posteriores al 1 de julio de 2002 — donde entrarían tanto el acuerdo de Afganistán, como el de Azerbaiyán para con los Estados Unidos —, entonces cabe admitir los mismos²⁷⁷.

En cambio, nosotros rechazamos esta interpretación extensiva, puesto que la misma desvirtúa el objeto y el fin del Estatuto, y atenta manifiestamente contra su integridad. Dado que, no hay que olvidar que el párrafo segundo del artículo 98 se introdujo en el Estatuto para evitar que los Estados signatarios, al momento de ratificar el mismo, se encontraran ante una situación de incompatibilidad con respecto a los acuerdos que ya tuvieran firmados. Por tanto, en este caso no hay que entender la ausencia de la palabra “existente”, atribuible, asimismo, a que el contenido del artículo fue acordado a última hora en la Conferencia Diplomática, como una *carte blanche* para todo Estado Parte que, después de haber ratificado

²⁷⁵ Solicitudes concurrentes. Cabe destacar que la versión española del texto auténtico no coincide con la versión inglesa, donde sí encontramos una referencia expresa a las normas internacionales **existentes**. El texto español establece lo siguiente: «En los casos en que sea aplicable el párrafo 4, y salvo que el Estado requerido esté obligado **por alguna norma internacional** a extraditar la persona al Estado requirente que no sea parte en el presente Estatuto». Por el contrario, la versión en inglés dice así: «In cases where paragraph 4 applies except that the requested State is under an **existing international obligation** to extradite the person to the requesting State not Party to this Statute». Énfasis añadido.

²⁷⁶ Otras formas de cooperación.

²⁷⁷ CRAWFORD, J., SANDS, Ph. y WILDE, R., *Joint Opinion on Bilateral Immunity Agreements sought by the United States under Article 98(2) of the Statute*, 2003, para. 38; SCHEFFER, D., “Article 98(2) of the Rome Statute: America’s Original Intent”, *op. cit.*, p. 340; ZAPPALÀ, S., “The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UNSC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 1, 2003, pp. 114-134, at pp. 122 y ss., aunque con algunas reservas.

el Estatuto, se sintiera libre para firmar arbitrariamente uno de estos acuerdos de no entrega a la Corte. En cualquier caso, conforme al artículo 119 del Estatuto, la compatibilidad de estos acuerdos bilaterales será sometida a la Asamblea de los Estados Partes o, si ésta no pudiera resolver por sí misma la controversia, podría recomendar su remisión a la Corte Internacional de Justicia.

Siguiendo a esta interpretación más restrictiva del artículo 98.2, solamente los acuerdos firmados por los Estados antes de su ratificación del Estatuto serían subsumibles en la norma por aplicación de la regla *prior in tempore, potior in iure*, esto es, por ser la obligación de no entrega del nacional del Estado que envía una obligación internacional anterior²⁷⁸. En palabras de TRIFFTERER, la interpretación más conservadora del párrafo segundo constituye una excepción a la obligación general de cooperar conforme al artículo 86 y, más concretamente, a la obligación de entrega de personas a la Corte dentro de unos confines razonables²⁷⁹. Incluso, los que defienden la interpretación extensiva como CRAWFORD y otros, reconocen que cualquier nuevo acuerdo, lenguaje que tampoco emplea el precepto, “should therefore make clear provision to ensure that the ‘sending’ State subjects the person to effective investigation and, where warranted, prosecution.”²⁸⁰ Es decir, incluso cuando esos autores admiten la conformidad de los acuerdos posteriores, reconocen que los mismos deben estar supeditados a una serie de condicionantes para evitar la impunidad absoluta de los autores de esos crímenes.

En cuanto a los tipos de acuerdos por razón de la materia, le lenguaje que eligieron los redactores del Estatuto no circunscribe la norma sólo a los acuerdos SOFA, con lo cual los acuerdos de no entrega firmados en virtud de este precepto pueden adoptar formas muy variadas, abarcando los acuerdos de extradición, los

²⁷⁸ EU COMMISSION, *Effective Functioning of the International Criminal Court (ICC) Undermined by Bilateral Immunity Agreements as Proposed by the U.S.*, Internal Opinion of the Legal Service of the EU Commission 158 (2002).

²⁷⁹ KRESS, C. y PROST, K., “Article 98. Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender”, *op. cit.*, pp. 2142-2146, en especial at p. 2145. En este mismo sentido, véase KAUL, H.-P. y KRESS, C., “Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pp. 143-175, at p. 165; KEITH HALL, C., “The First Five Sessions of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 4, 2000, pp. 773-789, at p. 786, nota 36.

²⁸⁰ CRAWFORD, J., SANDS, Ph. y WILDE, R., *Joint Opinion on Bilateral Immunity Agreements sought by the United States under Article 98(2) of the Statute*, *op. cit.*, para. 50.

acuerdos que reglamentan el estatuto de las Fuerzas Armadas extranjeras, *stricto sensu*, así como los tratados que confieren privilegios e inmunidades a los agentes diplomáticos, funcionarios consulares y enviados en misiones especiales²⁸¹.

En todo caso, con independencia del acuerdo de que se trate, siempre que dicho acuerdo precise del consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, estaríamos ante una situación que limitaría las posibilidades para que aquélla pudiera ejercer su competencia con propiedad. Se trataría, en suma, de una limitación jurisdiccional más para la Corte en beneficio de las personas nacionales de terceros Estados. O, si queremos, más que de una limitación competencial, siguiendo a SCHABAS, se trataría de un argumento a favor de los Estados Parte: “[t]heir potential impact is in providing States with a reason to deny surrender or other forms of cooperation where such agreements exist and nationals of a non-party State are concerned.”²⁸²

En definitiva, la conclusión final después de analizar los efectos jurídicos de un acuerdo SOFA sobre la jurisdicción de la Corte, los mismos se manifiestan en la imposibilidad material para que ésta prosiga con la investigación o, en su caso, el enjuiciamiento del acusado del crimen. Pues, en esos supuestos existe una brecha o limbo jurisdiccional que hace que reine la impunidad de los autores de los más graves crímenes internacionales, de tal forma que sus conductas quedan impunes a las órdenes de sus respectivos gobiernos.

4.3. La suspensión del procedimiento por el Consejo de Seguridad *ex* artículo 16 del Estatuto de Roma

Otro mecanismo a través del cual se podrían minimizar las consecuencias del ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre los nacionales de un tercer Estado, acusados de cometer un crimen en el territorio de un Estado Parte, es, sin duda,

²⁸¹ KRESS, C. y PROST, K., “Article 98. Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender”, *op. cit.*, p. 2143, paras. 47-48.

²⁸² SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, p. 1045.

la actuación del Consejo de Seguridad haciendo uso de su prerrogativa *ex* artículo 16 del Estatuto de Roma²⁸³. Esta disposición faculta al Consejo, de la misma forma que el artículo 13 b) le confería la potestad de activar la jurisdicción de la Corte, para suspender por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento en curso, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Por ejemplo, volviendo a la situación en Afganistán, si en el futuro los militares estadounidenses se vieran ante la tesitura de tener que responder por sus conductas ante la Corte, entonces los Estados Unidos podrían elevar la cuestión a la atención del Consejo, con el fin de que éste pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un año su actividad. En este caso, la Corte procederá a tal suspensión. En palabras de RUIZ VERDUZCO, este artículo tan controvertido responde a la necesidad de solventar un potencial conflicto de intereses entre la acción de la justicia penal internacional y, por otro lado, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, siendo ésta una función propia del Consejo²⁸⁴.

Originariamente, en el *Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional* la CDI se refería a la intervención del Consejo de Seguridad en términos generales en el artículo 23, y sobre la facultad anterior se pronunciaba en el párrafo tercero del proyecto de artículo, llegando a calificarla como un derecho de ‘veto’ respecto de la iniciación de procedimientos ante la Corte²⁸⁵. De esta manera, la Comisión

²⁸³ Sobre esta cuestión puede consultarse más detenidamente a VAN DER VYVER, J.D., “Deferrals of Investigations and Prosecutions in the International Criminal Court”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 51, No. 1, 2018, pp. 1-18.

²⁸⁴ RUIZ VERDUZCO, D., “The Relationship between the ICC and the United Nations Security Council”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 30-64, at pp. 52 y ss.

²⁸⁵ «El párrafo 3 del artículo 23 prevé que, en el caso de una situación en relación con la cual el Consejo de Seguridad esté tomando medidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, no se podrá entablar ningún proceso relacionado con dicha situación, salvo que el Consejo de Seguridad decida otra cosa. Se reconoce así la prioridad acordada en el Artículo 12 de la Carta de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad, así como la necesidad de coordinación entre el Tribunal y el Consejo de Seguridad en tales casos. Pero ello no confiere al Consejo de Seguridad un simple derecho de «veto» respecto de la iniciación de procedimientos. Es necesario que el Consejo ya esté adoptando medidas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales o para hacer frente a un acto de agresión. Una vez concluida la acción iniciada en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU se restablece la posibilidad de iniciar procedimientos conforme al Estatuto.» Vid. CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994)*, UN Doc. A/49/10, pp. 28 y ss., at p. 47, para. 12.

consideró al Consejo prácticamente como un guardián del funcionamiento de la Corte, a lo que se opusieron varios miembros de aquélla desaprobando semejante poder discrecional, motivado por decisiones políticas²⁸⁶. Según la citada autora, esta disposición constituye el instrumento más poderoso acordado a favor del Consejo de Seguridad en la Conferencia de Roma para influir directamente en las investigaciones y los enjuiciamientos, ya iniciados o por iniciar por la Corte, con el propósito último de responder a las tensiones políticas que pudieran surgir de sus actuaciones judiciales²⁸⁷. En este sentido, el poder de suspensión (*deferral*²⁸⁸) del artículo 16 fue adoptado como un compromiso político en la búsqueda de un balance entre las responsabilidades políticas del Consejo con respecto al mandato judicial de la Corte²⁸⁹.

Como hemos avanzado, en la actualidad el artículo 16 es la contraparte del artículo 13 b), en la medida en que, una vez activada la jurisdicción de la Corte, la investigación o el enjuiciamiento en curso pueden incidir de una u otra forma sobre una situación que esté bajo la consideración del Consejo²⁹⁰. Para tales casos, la decisión de suspensión puede estar justificada en el sentido del artículo 16 del

²⁸⁶ El párrafo tercero del Art. 23 del Proyecto de Estatuto establecía que: «No podrá iniciarse con arreglo al presente Estatuto ningún proceso derivado de una situación de la que se esté ocupando el Consejo de Seguridad por tratarse, a tenor del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, de una amenaza para la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa.» Se trata de la misma prioridad acordada para el Consejo de Seguridad en el Art. 12.1 de la Carta de las Naciones Unidas respecto de la Asamblea General: «Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General *no hará* recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad.» Énfasis añadido.

²⁸⁷ RUIZ VERDUZCO, D., *op. cit.*, p. 53.

²⁸⁸ Término empleado en la rúbrica del Art. 16 del texto auténtico en inglés.

²⁸⁹ En la Conferencia de Roma se originó una oposición minoritaria y persistente en el sentido de que tal intromisión del Consejo era inaceptable, pues no debía permitirse que decisiones políticas adoptadas en el seno de este órgano político impidiesen el recurso a los mecanismos previstos en el Estatuto [vid. UN Doc. A/49/10, p. 47, para. 13]. Véase, en este sentido, la propuesta de México, *Enmienda presentada por México al Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional*, de 15 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.81; y la propuesta de enmienda de La India, *Enmiendas al documento A/CONF.183/C.1/L.76/Add.2 propuestas por La India*, de 17 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.95. También pueden consultarse las siguientes contribuciones: BERGSMO, M. y PEJIC, J., "Article 16: Deferral of investigation or prosecution", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, München/Oxford/Baden-Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2ª ed., 2008, pp. 595-604; KIRSCH, Ph. y HOLMES, J.T., "The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process", *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999, pp. 2-12.

²⁹⁰ ARSANJANI, M.H., "The Rome Statute of the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999, pp. 22-43, at pp. 26-27.

Estatuto de Roma, y creemos que éste fue precisamente el argumento de peso a la hora de acordar la inclusión de tal precepto en el texto estatutario. Por lo tanto, pensamos que, si se le había otorgado la potestad de activar la jurisdicción de la Corte, porque los redactores del Estatuto entendían que la comisión de crímenes internacionales podía afectar de una u otra forma la responsabilidad primordial del Consejo para mantener la paz y la seguridad internacionales, el artículo 16 le confiere la prerrogativa de suspender esa jurisdicción. Lo interesante es que esta norma se aplica en cualquiera de los casos de activación previstos en los párrafos a), b) y c) del artículo 13. Es decir, da igual quién activa la competencia, el Consejo tendrá la potestad de suspenderla siempre, con tal de que actúe en el ámbito del Capítulo VII de la Carta.

En efecto, la actuación del Consejo de Seguridad en el marco Capítulo VII es un requisito imprescindible, y debe reunirse la mayoría de nueve votos a favor sobre quince, incluyendo la unanimidad de los cinco Estados con derecho al veto. Nada cambia en este sentido con respecto a las exigencias del artículo 13 b) para la activación de la competencia en una situación determinada. En segundo lugar, una vez adoptada la resolución, el Consejo pedirá a la Corte que no inicie, o si ya la había iniciado, que suspenda, esto es, que paralice su actividad judicial, por un plazo inicial de doce meses. En consecuencia, lo paradójico es que la Corte deberá acatar el mandato del Consejo, y acordará así la suspensión de la investigación o el enjuiciamiento de que se trate al menos por un año, aunque este período podría ser renovado *ad infinitum* por el mismo procedimiento.

Si lo anterior nos parece una injerencia importante en la labor de la Corte, todavía más inconciliable con su mandato es la *actuación selectiva* del Consejo de Seguridad para excluir de la jurisdicción de aquélla a determinadas personas. He aquí la relevancia de la cuestión cuando nos referimos a la jurisdicción territorial de la Corte, ya que, en virtud del artículo 16, el Consejo puede, y, de hecho, ya lo ha hecho en varias ocasiones, excluir a ciertos individuos de la competencia de la Corte e impedir así que sean investigados por sus conductas. Hay que decir que, en virtud del principio de territorialidad, a falta de dicha decisión de suspensión, la Corte sería perfectamente competente para investigar y enjuiciar.

Hasta la fecha de redacción del presente trabajo, el Consejo de Seguridad ha recurrido hasta en dos ocasiones al artículo 16 del Estatuto, con la finalidad de excluir de la jurisdicción de la Corte a determinados individuos, básicamente los miembros y el personal militar perteneciente a las Fuerzas Armadas de Estados no Partes en el Estatuto que participen en operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas con aportación de contingentes²⁹¹. Esta participación con efectivos militares, como sería lógico pensar, ocurre en el territorio de Estados en los que la Corte tiene jurisdicción en virtud del artículo 12.2 a) y 12.3 del Estatuto.

En primer lugar, el artículo 16 fue invocado por el Consejo de Seguridad por vez primera en la Resolución 1422 (2002), aprobada el 12 de julio de 2002²⁹², habiendo entrado en vigor el Estatuto de Roma el 1 de julio. Aunque, como se ha dicho anteriormente, existe la posibilidad de extender la eficacia de la suspensión acordada, lo que también sucedió a instancia de la Resolución 1487 (2003²⁹³). En efecto, aclarando que actúa con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad estableció en el párrafo primero de la Resolución 1422 lo que sigue:

«*Pide*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamiento de ningún caso de esa índole salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario²⁹⁴.»

²⁹¹ La adopción de sendas resoluciones fue promovida por los Estados Unidos como condición para la renovación de algunas Operaciones de Mantenimiento de la Paz, existentes y autorizadas por las Naciones Unidas, o bien para la aportación de nuevas misiones. Para un estudio en detalle sobre esta cuestión, véanse: STAHN, C, "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)", *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, 2003, pp. 85-104; ZAPPALÀ, S., "The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UNSC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements", *op. cit.*, pp. 114-134.

²⁹² CSNU, Resolución 1422 (2002), de 12 de julio de 2002, sobre *El mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas*. La Resolución 1422 fue aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4572ª sesión [UN Doc. S/RES/1422 (2002)].

²⁹³ CSNU, Resolución 1487 (2003), de 12 de junio de 2003, sobre *Mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas*. La Resolución 1487 fue aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4772ª sesión [UN Doc. S/RES/1487 (2003)].

²⁹⁴ UN Doc. S/RES/1422 (2002), para. 1.

La Resolución 1422 fue aprobada por unanimidad de todos los Miembros, tanto permanentes como no permanentes, del Consejo de Seguridad. Pero, ¿cómo una exclusión de carácter personal de la competencia de la Corte puede suponer una amenaza a la paz y la seguridad internacionales²⁹⁵? No olvidemos que para la aplicación del Capítulo VII, el artículo 39 de la Carta establece como condición la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión²⁹⁶.

Por su parte, el tenor literal del párrafo primero de la Resolución 1487, de 12 de junio de 2003, por la que se extiende la suspensión, es exactamente el mismo que el transcrito antes, con la única salvedad de la nueva fecha de la suspensión: el 1 de julio de 2003. En ambas resoluciones, el Consejo justifica de forma idéntica su intervención en la actividad judicial de la Corte, y lo hace con estas palabras: “redunda en interés de la paz y la seguridad internacionales dar facilidades a los Estados Miembros para que puedan contribuir a las operaciones establecidas o autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.²⁹⁷” Se trata de una fórmula que nos parece perjudicial y esperemos nunca más utilizada, puesto que “dar facilidades a los Estados” nunca puede justificarse en detrimento de la justicia penal y el mandato de la Corte, como sí ocurrió en este caso en particular.

La consideración anterior significa que el Consejo justifica su intervención, dando así prevalencia a las demandas del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, sobre la acción de la justicia penal internacional y la impunidad por los más graves crímenes internacionales²⁹⁸. No obstante, dichas *facilidades* son una especie de “blindaje” a las actuaciones de los contingentes en las operaciones autorizadas, con el fin de que no puedan ser responsabilizados de sus conductas, eventualmente constitutivas de alguno de los crímenes de la competencia *ratione materiae* de la Corte.

²⁹⁵ JAIN, N., “A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2, 2005, pp. 239-254, at pp. 242-244.

²⁹⁶ Sobre esta conexión o relación con el Capítulo VII, nos remitimos a lo establecido por STAHN, C., “The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)”, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

²⁹⁷ UN Doc. S/RES/1422 (2002), considerando 7º; UN Doc. S/RES/1487 (2003), considerando 7º.

²⁹⁸ SAROOSHI, D., “Aspects of the relationship between the International Criminal Court and the United Nations”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 32, 2001, pp. 27-53, at pp. 38-39.

En tercer lugar, adoptada la Resolución 1487, resulta obligada la remisión a la Resolución 1497 (2003), de 1 de agosto de 2003²⁹⁹, adoptada por el Consejo de Seguridad, aunque con las abstenciones de Alemania, Francia y México. Se trata de otra intromisión más, de cómo el Consejo actuó contrariamente al mandato de la Corte, apenas un mes desde la prórroga de la suspensión anterior. El texto de la última Resolución, consagra en su párrafo séptimo una cláusula de inmunidad jurisdiccional, en especial, respecto de los integrantes que participen en la fuerza multinacional de las Naciones Unidas en Liberia, en los siguientes términos:

«[L]os ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva³⁰⁰».

Como se puede observar, una diferencia sustancial con respecto al párrafo primero de la Resolución 1422 es que, aun cuando el Consejo actúa con arreglo al Capítulo VII de la Carta, no fundamenta su decisión en el artículo 16 del Estatuto de Roma, por lo que no se trata formalmente de una suspensión como en los casos anteriores. En cambio, estamos ante una cláusula tipo que encontramos en ésta y otras resoluciones del Consejo³⁰¹, mediante la que el órgano confiere inmunidad a los nacionales de los Estados no Partes en el Estatuto de Roma que participen con la aportación de efectivos militares a las fuerzas multinacionales autorizadas por las Naciones Unidas. Por tanto, es el propio Consejo quien, cuando establece el mandato, ordena que ninguno de los miembros en servicio responderá de sus

²⁹⁹ CSNU, Resolución 1497 (2003), de 1 de agosto de 2003, sobre *La situación en Liberia*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4803ª sesión [UN Doc. S/RES/1497 (2003)].

³⁰⁰ UN Doc. S/RES/1497 (2003), para. 7. Véase sobre esta cláusula la contribución de ZAPPALÀ, S., "Are Some Peacekeepers Better Than Others? UN Security Council Resolution 1497 (2003) and the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 3, 2003, pp. 671-678.

³⁰¹ Lo mismo cabe decir respecto de la Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, que excluye de la jurisdicción de la Corte a «los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea el Sudán y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional» [UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 6]. En este caso se trataba de la remisión de la situación en Darfur al Fiscal de la Corte Penal Internacional.

conductas ante la CPI, aun cuando ésta pueda tener jurisdicción sobre la situación de que se trate en circunstancias ordinarias.

La formulación de la cláusula anterior comparte elementos de los acuerdos SOFA, en la medida en que confiere jurisdicción criminal exclusiva al Estado que aporta las fuerzas, el Estado que envía, por cualquier actuación u omisión llevada a cabo en el territorio del Estado territorial en el que está desplegada la fuerza de estabilización, aunque en este caso bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Por otro lado, la renuncia a la inmunidad por el Estado que envía guarda un parecido con la estipulación del párrafo segundo del artículo 98 del Estatuto, que se refería al consentimiento a la entrega. De ahí que, el Consejo decide premeditadamente que cualquier actuación o investigación *pro futuro* de la Corte iría en contra de su mandato, actuando como si hubiera suspendido la jurisdicción “latente” de ésta.

Otra característica es que, mediante esta cláusula, el Consejo de Seguridad no sólo otorga inmunidad a los funcionarios y oficiales de un Estado no Parte en el Estatuto respecto de la jurisdicción de la Corte, sino que además establece una jurisdicción exclusiva y excluyente a favor del Estado que pudiera enjuiciar tales actuaciones. Dicho de otra forma, el único Estado con competencia para procesar es el Estado que probablemente no la ejercería, a saber, el *Estado de la nacionalidad* del acusado del crimen, generándose así en la práctica una situación de absoluta impunidad. Los individuos mencionados en el párrafo séptimo quedarán sujetos a la *jurisdicción exclusiva* del Estado que envía en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional de las Naciones Unidas. Efectivamente, la Resolución 1497 otorga inmunidad a esas personas respecto de las posibles actuaciones de la Corte y, por otro lado, limita la intervención de los terceros Estados, como podría ser el Estado del *locus delicti*, por si tuvieran la idea de investigar la presunta comisión de crímenes, distintos del Estado que envía³⁰².

En este último caso, los representantes de las delegaciones de Alemania y Francia, muy convenientemente, declararon que la inclusión de esta cláusula en

³⁰² AKANDE, D., “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *op. cit.*, p. 646, nota 162.

la resolución es manifiestamente incompatible con el Derecho Internacional³⁰³. Ciertamente así es, la exclusión de la jurisdicción nacional de los terceros Estados, incluso de los países que aportan efectivos a las fuerzas de las Naciones Unidas, genera una situación de discriminación al personal encargado del mantenimiento de la paz que sea nacional de Estados Partes en el Estatuto de Roma, y que fue en efecto la protesta alemana³⁰⁴. Además, ésta fue precisamente la razón por la que ZAPPALÀ se preguntó — irónicamente —: ¿son algunas fuerzas de paz mejores que otras³⁰⁵?

¿Cuáles son realmente las implicaciones de la citada resolución? En primer lugar, esta inclusión es incompatible con el objeto y el fin del Estatuto de Roma, en cuanto instrumento destinado a poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más horribles para la conciencia colectiva de la Humanidad. Además, la misma decide proteger jurisdiccionalmente a los nacionales de los Estados no Partes al reconocerles una inmunidad penal, que de otra manera no disfrutarían en virtud del Derecho Internacional. Estamos hablando de la posible comisión de crímenes de la competencia de la Corte perpetrados en el territorio de una Parte, con lo que aquélla hubiera sido plenamente competente si no fuera por los efectos de la Resolución 1497. Liberia es Estado Parte en el Estatuto de Roma desde el 22 de septiembre de 2004³⁰⁶, lo cual significa que la Corte tiene jurisdicción, *ipso facto*, para conocer de cualquiera de los crímenes de la lista del artículo 5 cometidos en

³⁰³ CSNU, *La situación en Liberia*, Carta de fecha 29 de julio de 2003 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General (S/2003/769), UN Doc. S/PV.4803, pp. 4 y 7.

Alemania: «Este párrafo va mucho más allá de lo que decidió el Consejo hace tan sólo unas semanas en la resolución 1487 (2003), sobre la que nos abstuvimos. El párrafo 7 no sólo limita la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sino que va mucho más allá. Limita la jurisdicción nacional de terceros países con respecto a crímenes cometidos por los miembros de la fuerza multinacional o de una fuerza de estabilización de las Naciones Unidas si ese miembro es ciudadano de un país que no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. [...] Por ello, consideramos que el párrafo no es conforme con el derecho internacional ni con el derecho alemán, y lamentamos no poder aceptarlo.» **Francia:** «[E]l alcance de la inmunidad de jurisdicción así creada no es compatible con las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ni tampoco con las normas del derecho francés o los principios del derecho internacional. Además, causa un problema de coherencia en momentos en que el Consejo de Seguridad tiene la intención de encabezar la iniciativa relacionada con un rechazo a la impunidad en todas sus formas.»

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 5.

³⁰⁵ ZAPPALÀ, S., "Are Some Peacekeepers Better Than Others? UN Security Council Resolution 1497 (2003) and the ICC", *op. cit.*, pp. 671-678.

³⁰⁶ Liberia firmó el Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998 y lo ratificó el 22 de septiembre de 2004, convirtiéndose así en el 96º Estado Parte.

su territorio por los nacionales de terceros Estados, incluso cuando los presuntos responsables sean “los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma.”³⁰⁷ Ello es así precisamente por virtud del principio de territorialidad, aunque dicha competencia quedó, en este caso en particular, suspendida, debido a la actuación del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

A modo de resumen, hemos visto que, cuando el Consejo de Seguridad decide dar prioridad al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en detrimento de la responsabilidad penal individual, claramente lo puede hacer, siempre que actúe en virtud del Capítulo VII de la Carta. Si ello es oportuno o no es otra cuestión diferente. No obstante, lo que nos parece muy poco apropiado es la discrecionalidad de conferir *à-la-carte* inmunidad procesal a aquellas personas que no la tienen, para dejarlas inmunes con respecto a la jurisdicción de la Corte y de los terceros Estados aportantes. Asimismo, observamos un conflicto entre la Resolución 1497 y las disposiciones del artículo 12.2 a) del Estatuto, por establecer aquélla un *dictum* manifiestamente contrario a éste. No obstante, la actuación del Consejo de Seguridad quedará amparada por el artículo 103 de la Carta, en virtud del cual las disposiciones del Estatuto se dejarán de aplicar para dar prioridad en la aplicación del controvertido párrafo séptimo de la Resolución 1497, a pesar de su más que manifiesta contrariedad al mandato de la Corte.

4.4. El principio de complementariedad como límite a la jurisdicción territorial de la Corte

Además de las limitaciones anteriores, tenemos que tener en cuenta que el principio de complementariedad constituye otro límite a la actuación de la Corte, beneficiando particularmente a los Estados no Partes en el Estatuto de Roma por lo que se refiere a sus nacionales. Admitiendo que la conducta haya tenido lugar

³⁰⁷ UN Doc. S/RES/1497 (2003).

en el territorio de un Estado Parte, ello significa que la Corte actuará únicamente si el Estado territorial no quiere o no puede hacerlo por sí sólo, respetando así su complementariedad subsidiaria respecto de las jurisdicciones penales nacionales.

Siguiendo al tenor del artículo 17.1, letra a), del Estatuto, la Corte resolverá la inadmisibilidad del asunto cuando el mismo sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un “Estado que tenga jurisdicción” sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o bien no pueda realmente hacerlo (*unwilling or unable*). Si se diera cualquiera de las circunstancias anteriores, entonces se activaría la competencia de la Corte³⁰⁸. En cualquier caso, la Corte deberá efectuar un examen sobre la capacidad genuina y real del “Estado que tenga jurisdicción” para investigar o enjuiciar en un asunto determinado. De forma que, si ese Estado no está en condiciones de llevar a cabo el juicio es cuando se admitirá el asunto, lo cual afirma que la competencia de la Corte es subsidiaria a la de sus Estados Parte, con las excepciones que encontramos en los artículos 17 al 20 del Estatuto³⁰⁹.

Ahora bien, debemos reparar nuestra atención en la expresión “un Estado que tenga jurisdicción”, empleada en las letras a) y b) del artículo 17.1, dado que la misma no requiere que ese Estado sea Parte en el Estatuto de Roma. Ello abre la posibilidad de que el Estado con jurisdicción sea un tercer Estado, como podría serlo, por ejemplo, el Estado de la nacionalidad del acusado del crimen. Por tanto, según el principio de complementariedad, independientemente de que el crimen haya tenido lugar en el territorio de un Estado Parte, la Corte deberá inhibirse de su competencia en beneficio del Estado que tenga jurisdicción para llevar a cabo

³⁰⁸ Para un análisis más detallado sobre el principio de complementariedad, véanse, entre otros: HOLMES, J.T., “Complementarity: National Courts versus the ICC”, en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. II, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 667-686; IMOEDMHE, O.C., *The Complementarity Regime of the International Criminal Court. National Implementation in Africa*, Berlin: Springer, 2017, pp. 19-54; KLEFFNER, J.K., “Complementarity as a Legal Principle and as Criteria for Admissibility”, en *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 99-162; KLEFFNER, J.K., “The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 1, 2003, pp. 86-113.

³⁰⁹ El Art. 20 del Estatuto no permite el procesamiento por la Corte de una persona que haya sido procesada o enjuiciada por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el Art. 5 del Estatuto.

la investigación o el enjuiciamiento, con indiferencia de si ese Estado es Parte o no en el Estatuto³¹⁰. Este resultado es consecuencia directa de la norma estatutaria y significa que la Corte no puede entrar a investigar ni enjuiciar a una persona de un tercer Estado de forma automática, al menos hasta que haya resuelto sobre las cuestiones de admisibilidad y decidido que el Estado de la nacionalidad de dicha persona no está dispuesto a investigarla o enjuiciarla, o bien no pueda realmente hacerlo.

En definitiva, los artículos 18 y 19 del Estatuto confieren a los Estados no Parte amplios derechos procedimentales para desafiar la jurisdicción de la Corte cuando se trate de una investigación o enjuiciamiento que afecte a sus nacionales u otras personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Si el Estado Parte, o bien los Estados que ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate, está llevando o ha llevado a cabo una investigación sobre tales conductas criminales, entonces la Fiscalía deberá inhibirse de su competencia a favor del Estado con jurisdicción, que tendrá un carácter prevalente y preferente³¹¹. Por su parte, el artículo 19 permite la impugnación de la competencia de la Corte sobre la admisibilidad de la causa por el “Estado que tenga jurisdicción”, configurando dicha instancia procesal como un derecho. E, igualmente, las decisiones relativas a la competencia o la admisibilidad podrán ser recurridas incluso ante la Sala de Apelaciones de conformidad con el artículo 82³¹².

4.5. La concurrencia de solicitudes de extradición sobre el acusado del crimen planteadas al Estado donde haya tenido lugar la conducta

Finalmente, tenemos que admitir también la posibilidad de que el Estado de la nacionalidad del acusado del crimen, recordemos no Parte, tenga suscritos con el Estado donde haya tenido lugar la conducta un acuerdo de extradición, en

³¹⁰ HAFNER, G., “The Status of Third States before the International Criminal Court”, en POLITI, M. y NESI, G. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Challenge to Impunity*, Aldershot: Ashgate Publishing, 2001, pp. 236, 245.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Véanse los Arts. 18.4, 19.6 y 82 del Estatuto de Roma.

virtud del cual el segundo se obliga a entregar al primero a su nacional, con el fin de que sea aquél quien se encargue de investigar y enjuiciar los actos criminales constitutivos de alguno de los crímenes enumerados en el artículo 5 del Estatuto.

A la luz del artículo 89 del Estatuto de Roma, que se refiere a la obligación de entrega de personas a la Corte, los Estados Partes cumplirán las solicitudes de detención y entrega de una persona presuntamente culpable que se encuentre en su territorio. Ahora bien, puede darse el caso de que esta obligación convencional sea inconciliable con otra obligación que emana precisamente de un acuerdo de extradición firmado por ese Estado Parte y el tercer Estado de la nacionalidad del acusado del crimen. ¿En qué momento puede plantearse esta situación? Cuando, por ejemplo, el Estado no Parte requiera a su nacional para que se presente en su territorio y rinda cuentas ante sus propios tribunales nacionales. Para este fin, el tercer Estado requerirá al Estado Parte con la custodia a que detenga y entregue al presunto responsable.

Ahora bien, la complejidad del asunto viene motivada por la circunstancia de que el acusado del crimen es requerido, al mismo tiempo, por la propia Corte, lo que daría lugar al fenómeno de las *solicitudes concurrentes* relatado en el artículo 90 del Estatuto. Es decir, estamos claramente ante una situación de conflictividad entre el requerimiento de extradición presentado, por un lado, por el Estado no Parte y, por otro, por la propia Corte. El destinatario de esa solicitud es, en ambos casos, el Estado Parte donde haya tenido lugar el acto criminal. Entonces, ¿cómo debería actuar el Estado territorial requerido ante esta duplicidad de solicitudes? ¿Podría la Corte ejercer finalmente su jurisdicción sobre el presunto responsable?

Pues bien, el artículo 90 permite al Estado requerido actuar de una doble manera, y esa actuación dependerá fundamentalmente de si dicho Estado está o no obligado por alguna norma internacional a conceder la extradición al Estado requirente, y si ese Estado es o no Parte en el Estatuto. Claramente, nosotros nos encontramos ante el supuesto de que el Estado requirente es uno tercero respecto de la Corte.

Por tanto, si el Estado requirente es uno tercero y el Estado Parte requerido no está obligado internacionalmente a extraditar al acusado del crimen en virtud

de una norma internacional, para estos casos el párrafo cuarto del artículo 90 nos dice que el Estado requerido “dará prioridad a la solicitud de entrega que le haya hecho la Corte si ésta ha determinado que la causa era admisible”. De ahí que, el Estado Parte dará prioridad a la solicitud de la Corte y entregará a ésta la persona requerida, ya que, se entiende que, ante la falta de un compromiso internacional frente al Estado requirente, el Estado Parte no puede incurrir en responsabilidad al entregar a ese nacional a la Corte. En efecto, aquí no se plantea realmente una situación de obligaciones concurrentes porque, aunque el Estado requirente haya demandado la entrega de su nacional, no lo ha hecho sobre la base de una norma internacional. Es decir, la única obligación de carácter internacional es la solicitud de la Corte hacia el Estado requerido, que debe ser cumplida en última instancia. Por tanto, aunque pueda haber solicitudes concurrentes, no necesariamente debe haber obligaciones concurrentes³¹³. De la formulación del precepto resulta que el Estado requerido tendrá la facultad discrecional para decidir a qué solicitud dar prioridad, salvo que la Corte no haya determinado la admisibilidad de la causa, en cuyo caso la única opción sería la entrega al Estado requirente³¹⁴.

A su vez, si efectivamente existe un compromiso internacional a extraditar la persona al Estado requirente que no sea Parte en el Estatuto, el Estado Parte requerido decidirá si hace la entrega a la Corte o concede la extradición al Estado requirente. Se trata nuevamente de una facultad discrecional, aunque el precepto contempla tres factores, con el objeto de guiar la actuación del Estado requerido. En este caso en particular, sí estamos ante la presencia de solicitudes concurrentes y también de obligaciones jurídicas concurrentes. Para ello, el Estado requerido deberá tomar en consideración: a) Las fechas respectivas de las solicitudes (*prior in tempore, potior in iure*); b) Los intereses del Estado requirente y, cuando proceda, si el crimen se cometió en su territorio y cuál es la nacionalidad de las víctimas y de la persona cuya entrega o extradición se ha solicitado; y c) La posibilidad de que la Corte y el Estado requirente lleguen posteriormente a un acuerdo respecto

³¹³ «Thus, there may be competing ‘requests’ but there are no competing obligations.» Puede verse el comentario del Art. 90.4 en SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute, op. cit.*, pp. 1005-1006.

³¹⁴ Según el párrafo quinto del Art. 90, «[c]uando la Corte no haya determinado la admisibilidad de una causa de conformidad con el párrafo 4, el Estado requerido tendrá la facultad discrecional de dar curso a la solicitud de extradición que le haya hecho el Estado requirente.»

de la entrega³¹⁵. Se trata de una lista de causas que no es exhaustiva y entendemos que el Estado requerido podría tomar en consideración otros criterios relevantes para fundamentar su decisión³¹⁶. En palabras de AKANDE, en estos casos el Estado requerido “tiene el derecho a elegir”, elevando esa facultad discrecional al rango de un “derecho”, y a determinar así si entregar a la persona requerida a la Corte o, por el contrario, al Estado no Parte³¹⁷.

En definitiva, como hemos podido comprobar, el artículo 90 del Estatuto representa efectivamente una limitación al ejercicio de la competencia de la Corte cuando el acusado del crimen ha sido requerido por un Estado no Parte, siempre y cuando ese tercer Estado tenga la intención de ejercer su jurisdicción sobre esta persona. Tal intención se manifestará a través de la solicitud de entrega dirigida al Estado Parte requerido, quien deberá decidir discrecionalmente el destinatario preferido, en función de si se encuentra obligado por alguna norma internacional. Por tanto, las disposiciones del artículo 90 no garantizan por sí solas que la Corte no ejercerá su jurisdicción territorial. Esa circunstancia dependerá de la actuación del Estado requerido y se modulará en función de sus preferencias, sin excluir la posibilidad de que pueda incurrir en responsabilidad internacional frente a aquél o aquélla.

³¹⁵ Véase el párrafo sexto del Art. 90 del Estatuto de Roma.

³¹⁶ Aunque no se trataba exactamente de solicitudes de extradición concurrentes, la situación de *Thomas Lubanga Dyilo* presenta algunos aspectos similares. Él estaba siendo procesado en la RDC por actos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, al tiempo que la CPI lo requirió y obtuvo su entrega sobre los cargos de reclutar a niños menores de 15 años para participar activamente en las fuerzas armadas o grupos armados (niños soldado). Vid. ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest”, 10 February 2006, ICC-01/04-01/06.

³¹⁷ AKANDE, D., “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *op. cit.*, p. 648, *in fine*.

CAPÍTULO IV

LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL RESPECTO DE UN PROCEDIMIENTO *SUB IUDICE* EN CASOS DE DENUNCIA DEL ESTATUTO DE ROMA

En el presente capítulo vamos a estudiar el acto de denuncia del Estatuto de Roma, llevado a cabo por un Estado Parte en el mismo, durante el transcurso de un procedimiento judicial *sub iudice* ante la Corte. La inclusión de semejante cuestión en la Segunda Parte de esta tesis doctoral se justifica porque la situación puede haberse iniciado tanto por iniciativa del Estado Parte denunciante, como por la actuación de oficio de la propia Fiscalía de la Corte. Además, la denuncia del instrumento puede afectar de una manera evidente la actividad jurisdiccional de la misma, lo cual deja de manifiesto la necesidad de incluir la presente cuestión en el conjunto de nuestra investigación, sobre todo, por los efectos jurídicos que produce la denuncia sobre el procedimiento en curso. A todo ello, hay que sumar la relevancia que ha ido adquiriendo esta cuestión después de que varios Estados Partes han ejercido el derecho de denuncia que les confiere el propio Estatuto de Roma.

Además, cabe precisar que la denuncia del Estatuto de Roma cobra interés cuando la jurisdicción de la Corte se haya activado por iniciativa de un Estado Parte o bien por el Fiscal, actuando *proprio motu*. No así cuando sea el Consejo de Seguridad quien promueva el ejercicio de la competencia, ya que, en este caso en particular, como tendremos la oportunidad de estudiar en el Capítulo V siguiente dentro de la Tercera Parte de esta tesis, el Estado objeto de la remisión, en caso de que sea uno tercero respecto del Estatuto, no puede denunciar un instrumento internacional que nunca ha llegado a consentir. Expresado en otros términos, en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad no sería posible la invocación del artículo 127 del Estatuto, puesto que el fundamento de la remisión reside en la decisión adoptada por este órgano político en el ámbito del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. La jurisdicción de la Corte, en tales supuestos, se

justifica como una medida coercitiva adoptada en el marco de la Carta, por lo que esta realidad excluye la posibilidad de plantear formalmente la “denuncia” en el sentido propio que adquiere el término en el Estatuto, y como lo estudiaremos a lo largo de este capítulo.

I. EL ESTATUTO DE ROMA COMO TRATADO INTERNACIONAL SUJETO A DENUNCIA

1.1. La denuncia de un tratado y el régimen jurídico contenido en el Derecho de los Tratados

¿Qué es la denuncia de un tratado? La denuncia de un tratado supone la desvinculación unilateral de una de las partes en él de sus obligaciones jurídicas, esto es, constituye el anuncio del fin del tratado respecto de la parte denunciante. En efecto, la firma y la manifestación del consentimiento por un tratado impone una serie de derechos y de obligaciones al Estado firmante, y, además, le obliga a cumplir las disposiciones del mismo de buena fe, conforme a los criterios del principio de carácter consuetudinario *pacta sunt servanda*, enunciado en el artículo 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969 (CVDT)¹. Pues, uno de los principios básicos que rigen la creación y la ejecución de las obligaciones jurídicas de un Estado, con absoluta independencia de cuál es su fuente normativa, es el principio de la buena fe, como ya ha tenido ocasión de afirmarlo la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los *Ensayos nucleares*².

Siguiendo la línea mantenida por el profesor SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, quien a la hora de referirse a la creación de derechos y de obligaciones internacionales a través de los actos internacionales, hace una doble distinción: por un lado, entre actos unilaterales en sentido *formal* y, por otro, entre actos unilaterales *autónomos*,

¹ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969 [UNTS, Vol. 1155, p. 443].

² ICJ, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974, ICJ Reports 1974, p. 253, at p. 268, para. 46.

en función de su capacidad de generar derechos y obligaciones autónomamente, es decir, al margen de una disposición normativa previa. De ahí que, la denuncia, en términos generales, sería un acto general de *carácter formal y unilateral*, ya que “su validez y oponibilidad no dependerá del acto mismo, sino de su adecuación a la norma internacional habilitadora”³. Sobre la base de esta declaración, resulta que la decisión de denunciar un tratado será oponible a los demás Estados en la medida en que la misma sea conforme con el Derecho Internacional en vigor, esto es, en función de si el tratado objeto de la denuncia prevé o no este tipo de actos.

En caso de que el tratado que se pretende denunciar guarde silencio sobre la denuncia unilateral del mismo por una de las Partes, tal acto no podría llevarse a cabo, dado que se entiende que no está permitido. No en vano ciertos tratados y convenciones normativas no están sujetos a denuncia, con el fin de preservar el régimen jurídico que instituyen y la seguridad en las relaciones internacionales. Por ejemplo, las relativas a las relaciones diplomáticas y consulares no contienen una cláusula de denuncia. Por el contrario, a modo de comparativa, el artículo 17 de la *Convención Interamericana sobre Tratados* de 20 de febrero de 1928⁴ se inclina por una posición diferente; pues, permite la denuncia de un tratado aun cuando el mismo nada prevea a este respecto⁵. En cuanto a las opiniones doctrinales, en idéntico sentido se posiciona GIRAUD, quien sostiene que, ante la ausencia de una cláusula de denuncia, el tratado de que se trate puede ser denunciado, dado que, argumenta el autor, una obligación contractual no susceptible de denuncia sería equivalente a un compromiso perpetuo⁶.

Así, como señala el Sr. WALDOCK, ex miembro de la Comisión de Derecho Internacional durante el proceso de codificación del Derecho de los Tratados:

³ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Derecho Internacional y Crisis Internacionales*, Madrid: Iustel, 2005, pp. 59-60.

⁴ *Convención sobre Tratados*, de 20 de febrero de 1928 [OEA, No. 23]. Esta Convención fue adoptada durante la Sexta Conferencia Panamericana, que se celebró en La Habana del 16 de enero al 28 de febrero de 1928.

⁵ Los apartados segundo y tercero del Art. 17 de esta Convención determinan que: «A falta de estipulación, el Tratado puede ser denunciado por cualquier Estado contratante, quien notificará a los otros de esta decisión, siempre que haya cumplido todas las obligaciones convenidas en el mismo. En este caso el Tratado quedará sin efecto en relación al denunciante un año después de la última notificación, y continuará subsistente para los demás signatarios, si los hubiere.»

⁶ GIRAUD, E., “Modification et terminaison des traités collectifs”, *Annuaire de l’Institut de droit international*, Vol. 49, No. 1, 1961, pp. 5-153, at p. 73.

«[L]a regla *primaria* es que todo tratado celebrado y puesto en vigor [...] se presume válido y obligatorio.» [Por lo que,] «la carga de la prueba corresponde a la parte que afirma que un tratado celebrado de modo regular no es ya obligatorio para ella⁷.»

De esta manifestación, deriva la idea de que existe una presunción a favor de la validez de un tratado celebrado y puesto en vigor con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en el Derecho de los Tratados, de tal forma que el ánimo probatorio de que dicho tratado ya no genera obligaciones convencionales para un Estado corre a cargo de quien la invoca. Esto es, es el Estado denunciante quien asume el *onus probandi*.

La denuncia de un tratado internacional constituye una de las formas por las que un Estado puede dar por terminado un tratado de forma unilateral, o bien puede suspender su aplicación de forma transitoria, reanudando posteriormente su aplicación. Para la profesora CONDE PÉREZ, la denuncia es una de las posibles formas que permiten dar por terminado un tratado; más en concreto, es el “acto por el que una parte manifiesta su voluntad de dar por terminado o suspendida la aplicación del tratado —en todo o en parte— en sus relaciones con todas o algunas de las demás partes en el mismo.”⁸

De esta manera, es usual que las partes en un tratado puedan contemplar su terminación, así como las condiciones que deben cumplirse y también la forma que debe seguirse por el Estado que decide denunciar el mismo. Es, por ello que, en las palabras de REMIRO BROTONS, la terminación de un tratado internacional “se vincula a circunstancias sobrevenidas con posterioridad a su conclusión⁹”, con lo que sus efectos se producen desde el momento en que la denuncia deviene

⁷ Sobre la facultad para anular, denunciar, terminar o suspender un tratado o para retirarse de él, véase el Segundo informe de Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1963, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/156 y Add.1-3, pp. 44 y ss., en especial p. 99.

⁸ CONDE PÉREZ, E., *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*, Madrid: Congreso de los Diputados, Colección Monografías No. 72, 2007, pp. 33 y ss., at p. 34.

⁹ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Madrid: Tecnos, 1987, pp. 465 y ss.

efectiva (*ex nunc*), aunque sin condicionar la voluntad del resto de partes que preservan tal estatuto.

En virtud del Derecho Internacional vigente, la terminación de un tratado puede producirse, según el artículo 54 de la CVDI, en estas dos circunstancias: “a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.” Como podemos comprobar, se trata de dos causas de terminación expresa por acuerdo de las partes en el tratado, aunque a ellas hay que añadir la prevista en el párrafo primero del artículo 59 de la misma Convención, según el cual “un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia”, y siempre que:

- «a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o
- b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.»

Por tanto, si las partes en un tratado celebran otro posterior sobre la misma materia, con arreglo a esta disposición, se entiende que darán por terminado de forma implícita el tratado anterior en sus relaciones. Se trata, nada más que de la aplicación del denominado principio *lex posterior derogat legi priori*, sustituyendo el tratado ulterior la voluntad de las partes expresada en un primer momento.

Además, la Convención contempla otras causas de terminación “ajen[a]s a la voluntad común de las partes¹⁰”, como serían: la terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación grave (art. 60); la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento (art. 61); el cambio fundamental en las circunstancias, en aplicación del principio *rebus sic stantibus* (art. 62); o bien, la aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general o de *ius cogens* (art. 64). A todas estas causas de terminación, el profesor REMIRO BROTONS las denomina “extrínsecas”, por no depender del acuerdo de las partes, sino que obedecen a hechos circunstanciales objetivos, como los indicados arriba.

¹⁰ *Ibid.*, p. 466.

Aunque, a diferencia de estas últimas causas de terminación, la denuncia es un acto unilateral, dado que el tratado denunciado se dará por terminado sólo y únicamente con respecto al Estado que lleva a cabo la notificación de denuncia, al que denominaremos a lo largo del presente capítulo como *Estado denunciante*¹¹. Partiendo de esta definición, queda claro que la denuncia no agota las vías de terminación de un tratado internacional, sino que forma parte integrante de ellas.

Como ya hemos anunciado, la *denuncia*, como modalidad de desvincularse de un tratado, en caso de que así esté previsto, “es el acto por el que una parte manifiesta su voluntad de dar por terminado un tratado en sus relaciones con las demás partes.¹²” Ahora bien, a dicho acto se le denomina *retirada* cuando lo que se denuncia es el tratado constitutivo de una Organización internacional, lo cual nos permite diferenciar con propiedad la correcta utilización de ambos términos.

En cuanto a la terminología que emplearemos en este capítulo, el Estatuto de Roma habla en su artículo 127 de ‘denuncia’ y no recurre al término ‘retirada’. Ahora bien, ambos términos pueden ser empleados indistintamente, aunque nos parece oportuno utilizar el término *denuncia* para ser fieles a la letra del Estatuto. Mientras que, con el término *retirada* nos referiremos a la consecuencia lógica de

¹¹ Sobre la terminación de los tratados en general y la denuncia en particular, pueden consultarse, entre otros, los siguientes autores: AGO, R., “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne”, *Recueil des Cours*, Vol. 134, 1971, pp. 297-331; BRIGGS, H.W., “Unilateral Denunciation of Treaties: The Vienna Convention and the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, Vol. 68, No. 1, 1974, pp. 51-68; CAHIER, P., “Changements et continuité du droit international. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours*, Vol. 195, 1985, pp. 212 y ss.; CAPOTORTI, F., “L’extinction et la suspension des traités”, *Recueil des Cours*, Vol. 134, 1971, pp. 419-587; CONDE PÉREZ, E., *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*, op. cit., p. 258; GARNER, J.W. y JOBST III, V., “The Unilateral Denunciation of Treaties by One Party Because of Alleged Non-Performance by Another Party or Parties”, *American Journal of International Law*, Vol. 29, No. 4, 1935, pp. 569-585; REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, op. cit., pp. 465-508; TRIGGIANI, E., “La denuncia dei trattati fondata sulla loro natura”, *Comunicazioni e studi*, Vol. XV, 1978, pp. 469 y ss.; VILLAGRÁN KRAMER, F., *Derecho de los Tratados*, Guatemala: Ferg Editores, 2ª ed., 2003, pp. 119-148; WIDDOWS, K., “The Unilateral Denunciation of Treaties Containing No Denunciation Clause”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 53, No. 1, 1982, pp. 83-114; WOOLAVER, H., “Withdrawal from the International Criminal Court: International and Domestic Implications”, en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 23-42.

¹² REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, op. cit., p. 466.

haber presentado la denuncia, que no es otra que el abandono o la desvinculación orgánica del instrumento denunciado¹³.

De forma paralela, y con ánimo de contraponer las posiciones doctrinales, siguiendo la línea de VILLAGRÁN KRAMER, cuando un Estado decide desligarse de sus obligaciones contractuales, es decir, del conjunto de derechos y obligaciones que había asumido con la manifestación de su consentimiento, puede contar con hasta tres opciones o variantes para tal fin: el Estado puede denunciar el tratado, suspender la aplicación del mismo, o dar por terminado el tratado por alguna de las causas previstas expresamente en el Derecho de los Tratados, a las que hemos hecho referencia¹⁴.

Por lo que se refiere particularmente a la *cláusula de denuncia* recogida por las partes en el texto del tratado, cabe indicar que la misma puede estar sujeta a alguna condición, atendiendo a criterios formales, materiales y/o temporales. En efecto, como tendremos ocasión de ver más adelante, el Estatuto de Roma recoge que la denuncia del mismo está sujeta a una serie de condiciones, tanto formales como temporales. Aunque, también puede darse el caso de que la cláusula sea incondicional, lo cual implica que el Estado denunciante no está requerido para cumplir ninguna formalidad¹⁵.

Desde el punto de vista *material*, el propio tratado puede exigir que el acto de denuncia esté debidamente motivado por el Estado denunciante, en el sentido de que no cabe una simple notificación. Así, por ejemplo, podemos mencionar el *Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares* de 10 de septiembre de 1996 (TPCE)¹⁶, por el que se proscriben completamente los ensayos nucleares o

¹³ Por ejemplo, la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969 habla en su Art. 56 de denuncia o retiro, empleando ambos términos de forma indistinta. El texto auténtico de la versión inglesa distingue también entre «denunciation or withdrawal». La versión francesa se refiere a la «dénonciation ou retrait».

¹⁴ VILLAGRÁN KRAMER, F., *Derecho de los Tratados*, op. cit., p. 119.

¹⁵ Por ejemplo, el Art. 31 del *Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo*, de 16 de mayo de 2005 [CETS, No. 196] afirma: «1. Toda Parte podrá denunciar en cualquier momento el presente Convenio mediante notificación enviada al Secretario General del Consejo de Europa. 2. La denuncia entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.»

¹⁶ El *Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares* fue aprobado por la Asamblea General el 10 de septiembre de 1996 [AGNU, Resolución 50/245, de 17 de septiembre de 1996, UN Doc. A/RES/50/245] y quedó abierto a la firma el 24 de septiembre de 1996. Entrará en vigor 180 días

cualquier otra explosión nuclear en cualquier lugar sometido a la jurisdicción o control de sus Partes. Por lo tanto, quedan comprendidas las pruebas de armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua. Este Tratado de control de armamentos, que tiene una duración ilimitada, concede un derecho de retirada del mismo, de tal modo que cada Parte puede retirarse del mismo en caso de que aparecieran “acontecimientos extraordinarios” que ponen en peligro los intereses supremos de ese Estado relacionados con la materia de este Tratado.

Artículo IX

Duración y retirada

- «1. La duración del presente Tratado será ilimitada.
2. Todo Estado Parte tendrá derecho, en ejercicio de su soberanía nacional, a retirarse del presente Tratado si decide que acontecimientos extraordinarios relacionados con la materia objeto de éste han puesto en peligro sus intereses supremos.
3. La retirada se efectuará mediante notificación hecha con seis meses de antelación a todos los demás Estados Partes, al Consejo Ejecutivo, al Depositario y al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En la notificación de retirada se expondrá el o los acontecimientos extraordinarios que, en opinión del Estado Parte, ponen en peligro sus intereses supremos¹⁷.»

De ahí que, las Partes deciden si dichos acontecimientos se han producido y no deben justificar su acción ante ninguna autoridad concreta, sino que tan sólo deben efectuar una notificación a todos los demás Estados Partes.

Pues, parece que los redactores del Estatuto de Roma tuvieron la tentativa de hacer más rigurosa la cláusula de denuncia, con el fin de reducir el margen de posibles conductas arbitrarias por parte de los Estados Partes. Aunque, lo cierto es que el Estatuto no impone una condición material, como la que acabamos de ver, en el sentido de que no exige que el Estado denunciante justifique el motivo por el cual decide retirarse de la Corte. No obstante, ante la vista de las denuncias presentadas hasta la fecha, cabe advertir que algunas de ellas sí que presentan un contenido mucho más elaborado que otras, entrando en las causas que motivaron el ejercicio del derecho de denuncia.

después de la fecha en que hayan depositado los instrumentos de ratificación todos los Estados enumerados en el Anexo 2 del Tratado.

¹⁷ *Ibid.*, p. 49.

Por lo que se refiere a las *condiciones formales*, en los tratados multilaterales resulta común encontrarnos con cláusulas de denuncia que exigen que la misma se canalice en forma escrita y por vía diplomática, esto es, subordinan el ejercicio del derecho a condiciones de procedimiento. De ahí, la denuncia debe plasmarse necesariamente por escrito y el documento debe consignarse ante el depositario del tratado designado a estos efectos. En la práctica, el Secretario General de las Naciones Unidas hace la función de “depositario” de la mayor parte de tratados internacionales, sin perjuicio de que dicha función sea asumida por un gobierno, en particular, o por una Organización internacional¹⁸.

En lo que concierne a las *condiciones temporales*, la práctica sugiere que son las más comunes, aunque, de nuevo, podemos encontrar fórmulas muy dispares. En este sentido, siguiendo con el artículo IX del TPCE, vemos que el mismo exige en su apartado tercero que la retirada “se efectuará mediante notificación hecha con seis meses de antelación”.

Sobre estas condiciones, el mismo debate se había sustanciado en el ámbito de la Comisión cuando se decidía sobre la concesión de un “plazo de notificación razonable” que permitiera el ejercicio del derecho de denuncia. En concreto, en esta ocasión se decía que, “[c]uando el tratado ha de continuar indefinidamente sujeto a denuncia, lo más corriente es que el período de notificación sea de doce meses¹⁹”, aunque “[e]n las cláusulas de extinción se menciona a veces un plazo de seis meses, pero esto suele ocurrir cuando el tratado es de *naturaleza renovable* y se halla sujeto a denuncia por notificación hecha al tiempo de la renovación o anteriormente.²⁰”

Así, por lo general, el plazo de los seis meses suele concederse en aquellos tratados que están sujetos a renovación periódica, como sucede, por ejemplo, con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que contienen

¹⁸ Como afirma el Art. 125.2 del Estatuto de Roma, la opción preferida en este tratado es designar como depositario al Secretario General de las Naciones Unidas: «Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.»

¹⁹ Reconociendo que «a veces no se requiere un período previo de notificación.»

²⁰ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones, Ginebra, 4 de mayo a 19 de julio de 1966*, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 275, para 6. La cursiva es nuestra.

una fórmula según la cual los mismos pueden ser denunciados por los Estados Miembros el primer año posterior al cumplimiento de cada período de diez años. Pues, cabe aclarar que dichos convenios tienen una vigencia de diez años sujetos a renovaciones decenales de forma indefinida.

En este orden de cosas, podemos traer a colación el artículo IX del *Convenio sobre el Trabajo Marítimo* de 23 de febrero de 2006, que ha sido adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el ámbito de la OIT²¹, en virtud del cual:

Artículo IX

Denuncia

«1. Todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio podrá denunciarlo después de que haya expirado un período de diez años contado a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar el presente Convenio cuando expire cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo²².»

Siguiendo esta formulación normativa desde la óptica de las condiciones temporales, el *Convenio sobre el trabajo marítimo* ha entrado en vigor el 20 de agosto de 2013, por lo que está sujeto a denuncia de cualquiera de los Estados Miembros a partir del 20 de agosto de 2023, una vez que haya transcurrido el período de los diez años prescrito legalmente. Aunque la denuncia no se podrá realizar, una vez alcanzada la fecha anterior, *sine die*, sino que deberá cursarse hasta el 20 de agosto de 2024. De esta manera, los Estados que deseen denunciar el Convenio disponen de un año natural después del cumplimiento del período de un año para depositar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo su denuncia. Se trata, como lo evidencia el profesor REMIRO BROTONS, de la *estacionalidad* de la denuncia

²¹ OIT, *Convenio sobre el Trabajo Marítimo*, 2006, en su versión enmendada de 2014 y 2016 al Código del Convenio. Este Convenio fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 94ª reunión el 23 de febrero de 2006. El mismo fue modificado en tres ocasiones desde su entrada en vigor en 2013, con el objeto de tener en cuenta la evolución de las necesidades del sector marítimo, y ha sido ratificado por 93 Estados Miembros de la OIT, que representan más del 91 por ciento de la flota mercante mundial.

²² *Ibid.*

“reclamada por la propia índole del tratado”, puesto que la misma no puede ser planteada en cualquier momento²³. Algo que sí es factible respecto del Estatuto de Roma, aun cuando se trata de un tratado multilateral de duración ilimitada.

Por lo que se refiere particularmente a este último tratado, el Estatuto no establece una cláusula de denuncia condicionada temporalmente, lo cual permite que la denuncia sea formalizada inmediatamente después de la entrada en vigor del instrumento para el Estado denunciante. No obstante, el acto está supeditado a aviso o notificación, cuyos efectos jurídicos se posponen a una fecha ulterior, cuál es la del año natural a partir del depósito del instrumento de denuncia en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

En realidad, el propósito de este tipo de medidas o previsiones normativas pretende “dar una oportunidad a la reconsideración de la medida a través de la negociación con las demás partes.”²⁴ Se trata, si queremos conceptuarlo así, de una especie de “*vacatio legis*”, de un período de tiempo de doce meses durante el cual se pospone la operatividad de la denuncia²⁵. Esto permite que a lo largo de dicho período el Estado denunciante puede recapacitar su decisión y anunciar la revocación de su notificación de denuncia o retirada.

En este sentido, podemos referirnos al artículo 13 del *Tratado del Atlántico Norte* de 4 de abril de 1949 (Tratado de Washington)²⁶ que, destinado a promover la estabilidad y el bienestar en la zona del Atlántico Norte y unir los esfuerzos de sus Partes para la defensa colectiva y la conservación de la paz y la seguridad, establece lo siguiente:

«Pasados veinte años de vigencia del Tratado, cualquiera de las Partes podrá dejar de serlo, un año después de haber notificado su denuncia ante el Gobierno de los

²³ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, op. cit., p. 469.

²⁴ *Ibid.*, p. 470.

²⁵ Esto mismo suele producirse en los acuerdos de transporte aéreo, como, por ejemplo, el Art. 95 (*Denuncia del Convenio*) del *Convenio sobre Aviación Civil Internacional*, de 7 de diciembre de 1944: «Todo Estado contratante puede comunicar la denuncia del presente Convenio tres años después de su entrada en vigor, por notificación dirigida al Gobierno de los Estados Unidos de América, quien inmediatamente lo informará a cada uno de los Estados contratantes. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha de recibo de la notificación y sólo se aplicará al Estado que haya hecho tal denuncia.» Véase el *Convenio sobre Aviación Civil Internacional*, de 7 de diciembre de 1944 [UNTS, Vol. 740, No. 10612, p. 49].

²⁶ OTAN, *Tratado del Atlántico Norte*, de 4 de abril de 1949.

Estados Unidos de América, el cual informará a los Gobiernos de las otras Partes del depósito de cada notificación de denuncia.»

La finalidad para el establecimiento de un plazo desde la entrada en vigor hasta el momento en que pueda plantearse la denuncia del tratado, que funciona como una condición suspensiva, obedece a razones prácticas, como, por ejemplo, la consolidación del régimen jurídico o el sistema creado por dicho tratado; como, en el caso anterior, el asentamiento de una alianza política y militar. Se entiende que, si se permitiera la denuncia nada más entrara en vigor el tratado, pues ello obstaría a su integridad y potenciaría la fragmentación, lo cual no coadyuva a la consecución de su objeto y fin. En este orden, conviene referirnos a las cláusulas, poco usuales, que prescriben la *denuncia parcial*, a diferencia de la *denuncia integral o total*, que estamos viendo en este punto. Así, por ejemplo, la *Carta Social Europea (Revisada)* de 3 de mayo de 1996 contempla la posibilidad de que un Estado Parte pueda denunciar cualquier artículo o párrafo de la Parte II de la Carta²⁷.

En definitiva, como hemos tenido la oportunidad de apreciar, la denuncia es un derecho y una facultad que el tratado reconoce a las partes en él, y la misma debe ejercerse de conformidad con las condiciones estipuladas en sus cláusulas. Por lo tanto, si bien se trata de una facultad discrecional, debe ajustarse al marco jurídico previsto por el tratado. Tal es así que, si el tratado de que se trate “no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro”, como lo estipula el párrafo primero del artículo 56 de la Convención de Viena de 1969.

²⁷ Véase el Art. M (*Denuncia*) de la *Carta Social Europea (Revisada)*, de 3 de mayo de 1996, según el que: «1. Ninguna Parte podrá denunciar la presente Carta hasta que haya transcurrido un período de cinco años desde la fecha en que la Carta entró en vigor para dicha Parte ni antes de que haya concluido cualquier otro período ulterior de 2 años, y, en uno y otro caso, lo notificará con una antelación de seis meses al Secretario General, quien informará al respecto a las restantes Partes. 2. De conformidad con las disposiciones contenidas en el párrafo precedente, toda Parte podrá denunciar cualquier artículo o párrafo de la Parte II de la Carta que hubiere aceptado, siempre que el número de artículos o párrafos que dicha Parte siga obligada a cumplir no sea inferior a dieciséis, en el primer caso, y a sesenta y tres, en el segundo, y que esos artículos o párrafos sigan incluyendo los artículos elegidos por dicha Parte entre los que son objeto de una referencia especial en el artículo A, párrafo 1, apartado b. 3. Toda Parte podrá denunciar la presente Carta o cualquier artículo o párrafo de su Parte II, conforme a las condiciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo, en lo referente a cualquier territorio al cual se aplique la Carta en virtud de una declaración hecha con arreglo al párrafo 2 del artículo L.»

En realidad, este artículo 56 reconoce el derecho de denuncia *no motivada* de un tratado, teniendo en cuenta que el Estado denunciante puede o no invocar una causa de su decisión que sea relevante para el Derecho Internacional. Se trata de una denuncia de carácter *declarativo*²⁸, el mismo que ha sido evocado por la CIJ en el asunto de la *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto* de 20 de diciembre de 1980²⁹.

¿Qué significa que la denuncia no esté motivada? Pues, supone la libertad total para el Estado denunciante de esgrimir razones aparentemente válidas que fundamenten su decisión. Como dice el profesor REMIRO BROTONS, se trata de una “exposición de sus razones, que fluctúan entre las alusiones más o menos vagas a la violencia y a la desigualdad y las referencias al incumplimiento ajeno y al cambio en las circunstancias.³⁰” No obstante, ciertamente, el Estado denunciante “siente en todo caso la necesidad política de explicar y justificar su acción³¹”. Así, en palabras del Relator Especial de la Comisión, el Sr. WALDOCK:

«Las afirmaciones unilaterales del derecho a rescindir o denunciar tratados fundados en alguna de las causas que se estudian en esta Parte y hechas simplemente como pretexto para substraerse a obligaciones incómodas, han sido siempre una causa de inseguridad de los tratados³²».

En cualquier caso, si sostenemos que la denuncia no es motivada, ello hace que dichas declaraciones o motivaciones sean irrelevantes a la hora de aceptar la misma, por lo que “pierde interés práctico la consideración de las *causas*³³”. Por tanto, el artículo 56 de la Convención de Viena hace eco del derecho de denuncia no motivada, circunscribiéndolo al tratado que “no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo”³⁴, que, por ello, no

²⁸ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, op. cit., pp. 474 y ss.

²⁹ ICJ, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion of 20 December 1980, ICJ Reports 1980, p. 73, at p. 91, para. 40.

³⁰ REMIRO BROTONS, A., op. cit., p. 474.

³¹ *Ibid.*

³² UN Doc. A/CN.4/156 y Add.1-3, p. 44.

³³ REMIRO BROTONS, A., op. cit., p. 475.

³⁴ Como afirma la CDI, «[e]stos tratados no son raros». Podemos citar como ejemplos de tratados que no contienen disposición alguna sobre su duración o terminación, ni mencionan el derecho de denuncia de las partes las cuatro *Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar* y la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*. Ninguna de ellas contiene una cláusula de denuncia, ya que

será susceptible de denuncia, salvo que, *inter alia*, tal derecho pueda ser deducido de la *intención de las partes* (criterio subjetivo, propuesto por la Comisión) o de la *naturaleza del tratado* (criterio objetivo, incorporado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados)³⁵.

Más concretamente, la denuncia es un acto que debe estar explicitado en el texto del tratado³⁶, dado que “[un] tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro”, según establece la propia Convención. Las excepciones a esta regla general son las siguientes: i) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro, o ii) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado. Generalmente, el silencio deliberado de los redactores de un tratado es característico o típico de los tratados multilaterales de protección de los derechos humanos, puesto que en su mayoría no permiten la denuncia o la retirada de ellos por los Estados que ya son Partes³⁷. En este contexto, resulta destacable el intento de retirada de Corea del Norte del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966, que no contempla la denuncia como un derecho para sus Estados Partes³⁸. Dado este

se estimó que era absolutamente incompatible con la naturaleza de una convención codificadora prever en ella su denuncia. De ahí que, los adversarios de la cláusula adujeron que el derecho de denuncia era improcedente en una convención que creaba un nuevo Derecho y que era resultado de las negociaciones [CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones*, Ginebra, 4 de mayo a 19 de julio de 1966, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1966, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 274, para 3].

³⁵ Véanse *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, *Períodos de sesiones primero y segundo*, Viena, 26 de marzo – 24 de mayo de 1968 y 9 de abril – 22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia, UN Doc. A/CONF.39/11/Add.2.

³⁶ Así ocurre, por ejemplo, con la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948 [art. XIV], y los *Convenios de Ginebra*, de 12 de agosto de 1949, destinados a proteger las víctimas de la guerra, que consagran expresamente el derecho de denuncia [art. 63, I Convenio; art. 62, II Convenio; art. 142, III Convenio; art. 158, IV Convenio].

³⁷ Por ejemplo, puede tenerse en cuenta el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 16 de diciembre de 1966, que no contiene una disposición relativa a su expiración, ni tampoco prevé la denuncia o la retirada de él. Según lo que acabamos de afirmar, si la retirada no está prevista expresamente en el Pacto, éste no puede ser objeto de denuncia, salvo que se determine que ésta fue la intención de las Partes o que el derecho de denuncia se infiere de la propia naturaleza del tratado. Vid. Comité de Derechos Humanos, Comentario general No. 26 (61), sobre las *Cuestiones relacionadas con la continuidad de las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 8 de diciembre de 1997 [UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, para. 1].

³⁸ El 25 de agosto de 1997, el Secretario General de las Naciones Unidas recibió del Gobierno de la República Popular Democrática de Corea una notificación de retirada del Pacto, de fecha 23 de agosto de 1997. La notificación de retirada se depositó el 12 de noviembre de 1997 y se distribuyó a todos los Estados Partes [UN Doc. C.N.467.1997.TREATIES-10].

silencio, la Secretaría de las Naciones Unidas remitió, el 23 de septiembre de 1997, un documento al Gobierno de la República Popular Democrática de Corea, con el fin de explicar la posición legal derivada de la notificación anterior. Tal y como se detalla en dicha memoria, el Secretario General establece que una retirada del Pacto no parece posible, a menos que todos los Estados Partes en el mismo estén de acuerdo y admitan la posibilidad de denuncia³⁹.

La fundamentación de tal prohibición puede estar motivada por preservar la estabilidad del tratado de que se trate, su atemporalidad — como es el caso, por ejemplo, de los tratados que codifican en forma de tratado los derechos humanos universales — o sus relaciones con respecto a los Estados Partes, restringiendo la libertad de los mismos de denunciar aquel tratado. Como se pronuncia VILLIGER, el artículo 56 de la Convención de Viena consiguió “a sound balance between the general rule and the exceptions, between stability and orderly change”⁴⁰.

Además, la exclusión de la cláusula de denuncia es característica también de los tratados de delimitación de fronteras o de los tratados de paz y amistad, entendemos que por su aspiración de perpetuidad. Finalmente, cuando el tratado sea el instrumento constitutivo de una Organización internacional, y en caso de que el mismo guarde silencio sobre la denuncia o la retirada, como sucede con la Carta de las Naciones Unidas, ello no debe interpretarse como la imposibilidad para el Estado Miembro de retirarse de la Organización, dado que esta realidad se ha entendido implícita en “circunstancias excepcionales”⁴¹.

Una vez presentada la idea anterior, resulta necesario examinar el régimen jurídico estipulado por el Estatuto de Roma sobre esta cuestión, que afecta de una manera directa la suerte de un Estado Parte. Conscientes de semejante realidad,

³⁹ Véase CLAPHAM, A., *Brierly's Law of Nations. An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 180-210, at p. 208.

⁴⁰ Véase VILLIGER, M.E., “Article 56. Denunciation of or Withdrawal from a Treaty Containing no Provision Regarding Termination, Denunciation or Withdrawal”, en *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 695-706, at p. 706. Igualmente, véase a DJEFFAL, Ch., “Commentaries on the Law of Treaties: A Review Essay Reflecting on the Genre of Commentaries”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 4, 2013, pp. 1223-1238, at p. 1230.

⁴¹ KARL, W., MÜTZELBURG, B. y WITSCHER, G., “Article 108”, en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2002, pp. 1341-1363, at p. 1355.

los redactores del Estatuto previeron la misma en el artículo 127 del instrumento, rubricado con el título “*Denuncia*”. Así que, se trata de un acto jurídico permitido por el tratado, al que algunos autores denominan *acto de denuncia reglamentado*, por estar expresamente previsto en el propio tratado⁴².

1.2. La denuncia del Estatuto de Roma por un Estado Parte en él

Una vez presentado el marco jurídico de la denuncia de un tratado según el Derecho Internacional en vigor, ahora procede referirnos a la previsión expresa del Estatuto de Roma relativa a esta materia. Con ello, cabe indicar que el artículo 127 de este instrumento recoge una norma especial con respecto al artículo 56 de la Convención y, por lo tanto, puede interpretarse como la garantía máxima de la que disponen los Estados Partes para retirarse del sistema de la Corte. Aunque, cualquiera que fuese el motivo detrás de una denuncia, el Estatuto de Roma debe asegurar el correcto funcionamiento de aquella Institución, para lo cual supedita el ejercicio de ese derecho a unos requisitos procedimentales, en sintonía con las condiciones formales que hemos expuesto en las líneas anteriores y que veremos más adelante en su vertiente estatutaria⁴³.

En realidad, cuando un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por el Estatuto de Roma mediante alguna de las fórmulas previstas a tal efecto, este instrumento empieza a generar una serie de derechos y de obligaciones para ese Estado a partir de su entrada en vigor⁴⁴. Por el contrario, mediante el acto de denuncia, ese mismo Estado decide soberanamente y de forma voluntaria — de ahí la unilateralidad — poner término a su relación contractual, retornando así al *statu quo*, con independencia de la naturaleza jurídica, política o económica de su

⁴² Entre otros, esta categorización se propone por CONDE PÉREZ, E., *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*, op. cit., p. 150; a partir de la distinción realizada por KADHUM, F.M.J., *La dénonciation unilatérale des traités internationaux*, Thèse, Montpellier I, 1978, p. 53.

⁴³ La misma idea es sostenida por el profesor William SCHABAS en sus comentarios al Art. 127 del Estatuto de Roma. Véase SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 1205-1207, en especial p. 1206.

⁴⁴ Siguiendo la definición de Estado Parte que encontramos en el Art. 2.1, letra g), de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969.

compromiso, lo cual se efectúa mediante la presentación y el depósito, en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, del *instrumento de denuncia*. De ahí que, como ha quedado claro, la denuncia es una forma más de manifestación de la voluntad soberana, aunque se trataría de una especie de última voluntad del Estado — hasta ahora Parte —, ya que la misma supone la extinción de cualquier relación convencional.

Ahora bien, cuando hablamos de la denuncia del Estatuto de Roma en un sentido estricto, hacemos alusión a la terminación de este tratado en su integridad respecto de un Estado Parte en él. Con ello, resulta asumible que el mismo Estado manifieste su voluntad para suspender o terminar concretas obligaciones nacidas del Estatuto, posibilidad ésta que no está prevista en el texto del artículo 127, con lo cual debe entenderse inadmisibile. En efecto, lo contrario sería lo equivalente a admitir que existe un régimen estatutario *à la carte* que se dejaría a la voluntad de un Estado, lo cual en una institución como la Corte sería cuando menos impropio.

En cuanto a la doctrina sobre el artículo 127 del Estatuto de Roma, hemos podido constatar que los autores se limitan a transcribir el precepto y a comentar escuetamente sus disposiciones, argumentando en que si prosiguen deben entrar en supuestos hipotéticos. Ello es así porque la mayor parte de la doctrina se había manifestado en un momento en que, ciertamente, no se había producido ningún supuesto de denuncia del Estatuto, lo cual justifica posiciones, tales como la de CLARK, estableciendo que: “[w]hether States will ultimately avail themselves of the right to withdraw from the Statute and under what circumstances is entirely speculative at this stage.” Sin embargo, el autor reconoce que si se produjera la denuncia, como realmente sucedió, ello sería “a nightmare that everyone fears”⁴⁵.

En este contexto, siguiendo los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional en materia de Derecho de los Tratados, cabe destacar que, tanto el derecho de celebrar un tratado internacional, como el derecho de poner

⁴⁵ CLARK, R.S., “Article 127. Withdrawal”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 2322-2324, en especial p. 2322.

término al mismo mediante el acto de denuncia, son constitutivos de una misma realidad volitiva integrada generalmente en el *ius contrahendi* estatal⁴⁶:

«La facultad de anular, terminar o suspender un tratado o de retirarse de él, tanto como la facultad de concertar tratados, forma parte integrante de la facultad de celebrar tratados que tiene el Estado. Si para el ejercicio de esa facultad basta de ordinario una simple notificación por escrito, sin embargo conviene que los demás Estados puedan cerciorarse de la regularidad y del carácter obligatorio de un instrumento de terminación, retirada o suspensión⁴⁷.»

En virtud de la declaración anterior, cabe indicar que las normas relativas a la facultad de los representantes de un Estado para negociar y celebrar tratados internacionales en nombre de aquel son aplicables también, *mutatis mutandis*, a la facultad de dichos representantes para terminar o suspender, así como denunciar esos mismos tratados. Expresado en otros términos según el profesor FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, “la soberanía del Estado se proyecta tanto sobre el proceso de creación del Derecho como sobre el momento de su aplicación”, en este caso, en particular, en el acto de denuncia como expresión de la autonomía de la voluntad y la libertad del Estado denunciante⁴⁸.

Pues bien, cierto es que el propio Estatuto permite la denuncia del mismo, pero también lo es que su utilización —sobre todo si no es algo puntual—, supone un importante retroceso en la consecución del objetivo para el que nació la Corte, ya que, no solo frena el proceso de universalización de su competencia, sino que, además, pone en serio riesgo la debida finalización de alguno de los procesos que se encuentran actualmente en curso.

El supuesto de hecho que planteamos es el siguiente. Un Estado Parte del Estatuto que, mediante el acto de ratificación, ha conferido, *ipso iure*, jurisdicción a la Corte para que ésta examinara los crímenes cometidos en su territorio o por sus nacionales, decide retirarse del instrumento en el momento en que aquella se

⁴⁶ Sobre este particular puede consultarse el artículo de BOU FRANCH, V.E., “Consentimiento estatal y ausencia de formalismo en la creación de derechos y obligaciones internacionales”, *Verba Juris*, Vol. 8, 2009, pp. 191-226.

⁴⁷ UN Doc. A/CN.4/156 y Add.1-3, p. 99. Véase el comentario al Art. 23 del *Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados*.

⁴⁸ Véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 301-317, at p. 301.

haya declarado competente respecto de una situación que afecta precisamente a dicho Estado.

En realidad, la problemática alrededor de la denuncia se sustancia a partir del momento en que, respecto del Estado denunciante, de su territorio o de sus nacionales, la Fiscalía ha decidido llevar a cabo un examen preliminar, o bien una investigación, porque existen indicios de criminalidad de que, en dicho territorio o por dichos nacionales, se han cometido crímenes de la competencia de la Corte. Por tanto, el momento de la denuncia coincide en el tiempo con el transcurso del examen o la investigación, encontrándose el proceso pendiente o *sub iudice* ante la Corte.

Hasta la fecha, son cuatro los Estados Partes del Estatuto de Roma que han presentado su correspondiente denuncia para retirarse de la Corte: tres africanos y uno asiático⁴⁹. Entre dichos Estados se encuentran, en concreto: la República de Burundi (en adelante, Burundi), la República de Gambia (en adelante, Gambia), la República de Sudáfrica (en adelante, Sudáfrica) y la República de Filipinas (en adelante, Filipinas). Aunque, en los casos de Gambia y Sudáfrica, tras presentar sus Instrumentos de Denuncia del Estatuto el 10 de noviembre de 2016⁵⁰ y el 19 de octubre de 2016⁵¹, de manera respectiva, los mismos fueron después retirados, suspendiéndose los efectos de la denuncia; el 10 de febrero de 2017 por parte de Gambia⁵² y el 7 de marzo de 2017 por parte de Sudáfrica⁵³.

No obstante, sin perjuicio de estas cuatro denuncias presentadas hasta la fecha, cabe referir que ha habido una quinta *intención* de denuncia planteada por Malasia. A modo de aclaración, el 4 de marzo de 2019 este país había firmado su instrumento de adhesión para convertirse en Parte del Estatuto de Roma, aunque

⁴⁹ Sobre esta cuestión puede consultarse generalmente la contribución de SSENKONJO, M., "State Withdrawal Notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia", *Criminal Law Forum*, Vol. 29, No. 1, 2018, pp. 63-119.

⁵⁰ Gambia ratificó el Estatuto de Roma el 28 de junio de 2002 [UN Doc. C.N.690.2002.TREATIES-29], aunque después depositó su Instrumento de Denuncia el 10 de noviembre de 2016 [UN Doc. C.N.862.2016.TREATIES-XVIII.10].

⁵¹ Por lo que se refiere a Sudáfrica, este país ratificó el Estatuto de Roma el 27 de noviembre de 2000 [UN Doc. C.N.1062.2000.TREATIES-43], depositando su Instrumento de Denuncia el 19 de octubre de 2016 [*Declaratory statement by the Republic of South Africa on the decision to withdraw from the Rome Statute of the International Criminal Court*, UN Doc. C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10].

⁵² Retirada del Instrumento de Denuncia: UN Doc. C.N.62.2017.TREATIES-XVIII.10.

⁵³ Retirada del Instrumento de Denuncia: UN Doc. C.N.121.2017.TREATIES-XVIII.10.

el 5 de abril de 2019 Malasia anunció su retirada de la Corte, argumentando que la decisión de adherirse al Estatuto no había sido bien vista por la cúpula política y militar del país, cediendo finalmente ante las presiones de la oposición política. Ante esta situación, el Gobierno malayo nunca ha llegado a notificar al Secretario General su decisión de denunciar el Estatuto en los términos que estamos viendo en el presente capítulo, y ello porque, formalmente, el país no se había convertido todavía en “Parte”. De conformidad con el apartado segundo del artículo 126 del Estatuto de Roma, la adhesión de Malasia aún no había entrado en vigor, ya que la misma debió surtir efectos jurídicos el 1 de junio de 2019; el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que el país haya depositado su instrumento de adhesión⁵⁴. Por tanto, en este caso, en particular, no fue necesario invocar la eficacia del artículo 127 del Estatuto, careciendo, en consecuencia, esta situación de interés para el objeto de nuestro estudio.

Pues bien, las razones de cada una de estas retiradas y de sus instrumentos obedecen a motivos diferentes. Así, Gambia revirtió su decisión de retirarse de la Corte, planteada por el Presidente Yahya JAMMEH, que temía potencialmente un examen preliminar sobre la situación que atravesaba dicho país. Por lo contrario, la retirada de Sudáfrica cobra interés por la negativa de ese país de cooperar con la Corte en la detención y entrega del entonces Presidente del Sudán, Omar AL BASHIR, cuando el mismo se encontraba en el territorio sudafricano para atender la cumbre de la Unión Africana, celebrada en Johannesburgo del 7 al 15 de junio de 2015. En cualquier caso, tanto Gambia como Sudáfrica decidieron retirarse del Estatuto por cuestiones de política criminal, así como en señal de solidaridad con otros países africanos⁵⁵. Mientras que, la situación de Burundi es marcadamente distinta si la analizamos desde el punto de vista jurídico-procesal. Desde el 25 de octubre de 2017, este país se encuentra oficialmente en fase de investigación ante la Corte por los presuntos crímenes de lesa humanidad cometidos en Burundi o

⁵⁴ Depositary Notification Reference: C.N.69.2019.TREATIES-XVIII.10.

⁵⁵ Entre otros autores en la doctrina, véanse: DU PLESSIS, M. y METTRAUX, G., “South Africa’s Failed Withdrawal from the Rome Statute: Politics, Law, and Judicial Accountability”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, No. 2, 2017, pp. 361-370; SUCKER, F. y CHENWI, L., “South Africa’s Competing Obligations in Relation to International Crimes”, *Constitutional Court Review*, Vol. 7, No. 1, 2015, pp. 199-245.

por ciudadanos de Burundi fuera de su territorio, entre el 26 de abril de 2015 y el 26 de octubre de 2017⁵⁶.

En el caso de Filipinas, último Estado en retirarse de la Corte hasta la fecha, la misma ya es efectiva, en la medida en que fue notificada al Secretario General de las Naciones Unidas el 17 de marzo de 2018; por lo que, ha surtido sus plenos efectos el 17 de marzo de 2019 —doce meses después de la fecha en que se reciba la notificación⁵⁷—.

Siendo esto así, resulta que las únicas denuncias producidas ya de manera efectiva son la de Burundi y la de Filipinas, siendo éstos los dos primeros Estados en desvincularse del sistema de la CPI. Con respecto al primero, tal sucedió el 27 de octubre de 2017, toda vez que el 27 de octubre de 2016 se notificó su denuncia del Estatuto, depositada ante el Secretario General de las Naciones Unidas⁵⁸. Esta denuncia resulta particularmente problemática, teniendo en cuenta que, dos días antes de ser efectiva la misma, se había iniciado una investigación por la Fiscalía contra varios individuos nacionales de dicho Estado presuntamente culpables de haber cometido alguno de los crímenes de la lista del artículo 5 del Estatuto. Esto quiere decir que, cuando se produce la denuncia, ya existía una situación abierta y pendiente ante la Corte⁵⁹. Cabe indicar que, en la misma línea se hubiera podido situar eventualmente la situación de Gambia, si no fuera por qué este país tomara la decisión histórica de revocar su retirada, reafirmando así su compromiso con los principios consagrados por el Estatuto de Roma. En definitiva, la retirada de su instrumento de denuncia ha dejado, afortunadamente, cerrada dicha cuestión.

Por todo ello, esta circunstancia nos lleva a plantearnos la cuestión relativa a las **consecuencias jurídicas** que produce la denuncia de un Estado Parte sobre la competencia de la Corte cuando su autor se encuentra con una situación abierta ante la misma. Resultando indiferente que se tratase de un examen preliminar o

⁵⁶ ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, Pre-Trial Chamber III, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”, 25 October 2017, ICC-01/17-X-9-US-Exp, Public Redacted Version of 9 November 2017.

⁵⁷ Depositary Notification Reference: C.N.138.2018.TREATIES-XVIII.10.

⁵⁸ Depositary Notification Reference: C.N.805.2016.TREATIES-XVIII.10.

⁵⁹ En efecto, la situación en la República de Burundi se encontraba en fase de examen preliminar desde el 25 de abril de 2016 [ICC, OTP, *Report on Preliminary Examination Activities*, 4 December 2017].

bien si formalmente estuviéramos ante una investigación, en el sentido referido por el artículo 15 del Estatuto de Roma. En cualquier caso, podemos formularnos los siguientes interrogantes: ¿Cuáles serían las consecuencias inmediatas para el proceso judicial? ¿Continúa? ¿Se suspende? ¿Puede ello ser una estrategia para evadir la competencia de la Corte en casos no consentidos por el Estado afectado?

Lo anterior nos invita a reflexionar, asimismo, sobre la utilización — quizá fraudulenta⁶⁰ — del instrumento de denuncia, ya que se presenta como un desafío al funcionamiento de la Corte en los casos de oportunismo político buscados de forma intencionada por el Estado denunciante. Es decir, *prima facie*, la denuncia no plantearía problemas, salvo que sea utilizada por ese Estado con una finalidad contraria al objeto y el fin del Estatuto, propiciando una situación de impunidad para los autores de los crímenes más graves de la competencia de la propia Corte.

1.3. La personalidad jurídica de la Corte a los efectos de denunciar el Estatuto de Roma

Antes de entrar en el estudio específico del problema planteado, conviene realizar una serie de consideraciones previas relativas a la naturaleza jurídica de la Corte, y muy particularmente al mecanismo de su creación y a la atribución de personalidad jurídica internacional a la misma. El análisis de estas dos cuestiones se justifica por el hecho de que los Estados de la Comunidad participan en la vida de otras entidades y sujetos de Derecho Internacional mediante el acto voluntario de la adhesión, terminando sus relaciones y vinculación jurídica mediante el acto de denuncia del tratado constitutivo.

De esta manera, en lo que se refiere al mecanismo de creación, una de las características singulares de la Corte es que ha sido creada en virtud de un *tratado internacional de carácter multilateral* con vocación de permanencia, a diferencia del

⁶⁰ El fraude de ley significa que conductas aparentemente lícitas, por realizarse al amparo de una determinada ley vigente, producen un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida por fundamental en la regulación de la misma materia, lo que ha de manifestarse de manera notoria e inequívoca.

resto de Tribunales Penales Internacionales creados por resoluciones del Consejo de Seguridad o bien por acuerdos especiales con las Naciones Unidas. En efecto, no se trata de una cuestión menor, puesto que la retirada será posible únicamente si estamos hablando, formalmente, de un tratado. Pues, el tratado es la expresión normativa máxima que existe en Derecho Internacional, lo cual, a su vez, significa que, tanto su creación como su modificación o terminación, estarán sujetas a los formalismos de este ordenamiento jurídico⁶¹.

En palabras de la profesora ESCOBAR HERNÁNDEZ, que hacemos nuestras, dicha realidad conlleva importantes ventajas, como, por ejemplo, la seguridad en la definición y aceptación de las obligaciones emanadas del Estatuto de Roma y asumidas por los Estados; la delimitación concreta de su ámbito de competencias, evitando así posibles conflictos competenciales; y, como destaca esta autora, sirve para promover el incremento de la legitimación social de la Corte, que es esencial para asegurar su efectiva operatividad en el tiempo⁶².

Según la teoría general de las Organizaciones internacionales, la adhesión y la retirada de éstas son actos que están previstos y regulados por el instrumento constitutivo de cada entidad, lo cual es indicativo de que en esta materia reina la casuística. Por lo que se refiere concretamente a la Corte, hemos avanzado que el Estatuto de Roma tiene, formalmente, la naturaleza de un tratado, contemplando tanto la adhesión de nuevos Estados, como la retirada de los que ya forman parte del sistema⁶³.

⁶¹ Véase sobre el mecanismo de creación, entre otros: DAVID, E., “La Cour pénale internationale”, *Recueil des Cours*, Vol. 313, 2005, pp. 325-454, at pp. 337 y ss.; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Vol. 21, 2003, pp. 5-35; LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001, pp. 65 y ss.; LEE, R.S., “The Rome Conference and Its Contributions to International Law”, en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 1-39.

⁶² ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La Corte Penal Internacional: rasgos básicos”, en GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 227-236. En cuanto a las cuestiones que se puedan suscitar a partir de la relación entre la atribución de competencias a una Organización internacional y la soberanía del Estado, véase, entre otros, PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 20ª ed., 2016, pp. 701-734, en especial pp. 716-717.

⁶³ Las Organizaciones internacionales son creadas en la inmensa mayoría de los casos por tratados internacionales celebrados entre Estados, y las disposiciones del tratado conforman el gran marco

En lo que concierne a la adhesión al sistema del Estatuto de Roma, resulta de interés el artículo 125, párrafo tercero, según el cual, el “Estatuto estará abierto a la adhesión de cualquier Estado.”⁶⁴ Este primer inciso corrobora la idea de que estamos ante un instrumento con vocación de universalidad, abierto a todos los Estados de la Comunidad internacional, sin limitaciones materiales, regionales o de cualquier otra índole. A continuación, el precepto aclara que los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. La expresión *cualquier Estado* utilizada por el artículo no es más que una manifestación del *principio de inclusión* y una confirmación del carácter abierto del Estatuto a la hora de admitir nuevos miembros. Es de señalar que los Estados que desean incorporarse al mismo aceptan íntegramente sus disposiciones⁶⁵, sin que se les reconozca la posibilidad de presentar reservas a su contenido, puesto que las mismas están prohibidas expresamente por el artículo 120 del instrumento⁶⁶.

En segundo lugar, una vez creada la Corte, el Estatuto de Roma le confiere personalidad jurídica internacional en virtud del párrafo primero del artículo 4⁶⁷. Ahora bien, como ha señalado la Sala de Cuestiones Preliminares I, “the objective legal personality of the Court does not imply either automatic or unconditional *erga omnes* jurisdiction.”⁶⁸ Efectivamente, la personalidad jurídica de la Corte no implica una jurisdicción *erga omnes* automática, ya que, como hemos afirmado en el Capítulo I de nuestro trabajo, para que ello pueda suceder, resulta necesaria la

constitucional en que las mismas desempeñan sus actividades. Como lo ha puesto de manifiesto MONACO, el instrumento fundacional de una Organización internacional «revêt la forme du pacte mais possède la substance de la constitution». Véase MONACO, R., “Le caractère constitutionnel des actes institutifs d’organisations internationales”, en ROUSSEAU, Ch.E., *La Communauté internationale: mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris: A. Pedone, 1974, pp. 153-172, at p. 154.

⁶⁴ Generalmente, el Art. 125 del Estatuto de Roma se refiere a la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión.

⁶⁵ Existen una serie de excepciones que el propio Estatuto de Roma contempla en su contenido, tales como la posibilidad para los Estados no Partes de reconocer la competencia de la Corte para un caso concreto [art. 12.3], o la posibilidad de que un Estado Parte haya declarado previamente que no acepta la jurisdicción de la Corte respecto del crimen de agresión mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario General [art. 15 bis.4].

⁶⁶ En materia de reservas, puede consultarse SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., pp. 1166-1173.

⁶⁷ El Art. 4, párrafo primero, establece que: «La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos.»

⁶⁸ ICC, *Request under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute””, 6 September 2018, ICC-RoC46(3)-01/18, paras. 34 *et seq.*, en especial para. 49.

confluencia de una serie de criterios jurisdiccionales. Los mismos deben darse en caso de denuncia, según el supuesto de hecho presentado en el presente capítulo.

No obstante, hay que indicar que dicha personalidad se extiende al ámbito interno e internacional, atribuyendo la capacidad jurídica que sea necesaria para “el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos”. La atribución de esa capacidad es, por lo tanto, una condición necesaria, dada la posibilidad de que la Corte actuara tanto en el territorio de un Estado Parte, como, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado⁶⁹.

En efecto, la Corte manifiesta que la concesión de tal personalidad jurídica por parte de los Estados no es meramente una personalidad reconocida por ellos, sino que se deriva del mandato que más de 120 Estados, representando a la gran mayoría de los miembros de la Comunidad internacional, otorgaron a la misma: “the capacity to act against impunity for the most serious crimes of concern to the international community as a whole and which is complementary to national criminal jurisdictions.”⁷⁰ De ahí que, la existencia de la Corte es un hecho objetivo indiscutible que justifica que, en un momento determinado, un Estado pueda dar el paso hacia su retirada⁷¹.

Así que, hablando con propiedad sobre esta cuestión; ¿cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la Corte? ¿Se trata solo de una Institución internacional o, por el contrario, podemos hablar de una nueva Organización internacional? La respuesta a esta cuestión es necesaria, sobre todo, teniendo en cuenta que el tema objeto del presente capítulo es la denuncia de un tratado internacional que, a su vez, crea una entidad con personalidad jurídica propia. Lo cierto es que el texto del Estatuto no se pronuncia claramente a este respecto, limitándose a utilizar el término “institución” y no propiamente el de “organización”⁷². Aunque, nosotros

⁶⁹ Así lo estipula el párrafo segundo del Art. 4 del Estatuto de Roma. En efecto, las Organizaciones internacionales, que carecen de territorio, actuarán en el interior de sus Estados Miembros, razón por la cual, con independencia de su subjetividad internacional, deben disfrutar de personalidad jurídica en los ordenamientos de esos Estados para el ejercicio de sus funciones. Véase PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, op. cit., p. 733.

⁷⁰ ICC-RoC46(3)-01/18, para. 48.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Por ejemplo, en este sentido se pronuncia el Art. 1 del Estatuto cuando habla de una «institución permanente».

compartimos la posición mantenida por un sector de la doctrina, entre el que se encuentra la profesora ESCOBAR HERNÁNDEZ⁷³, y que identifica a la CPI como una nueva Organización internacional con unas características muy peculiares que se derivan del sistema creado por el Estatuto, del que la Corte constituye solamente una parte integrante como órgano eminentemente jurisdiccional.

II. EL ACTO DE DENUNCIA PRESENTADO POR UN ESTADO PARTE: LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 127 DEL ESTATUTO DE ROMA RESPECTO DE UN PROCEDIMIENTO *SUB IUDICE*

La idea de que el Estatuto de Roma podría ser denunciado por un Estado Parte aparece recogida en el artículo 115 del *Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional* elaborado por el Comité Preparatorio⁷⁴, que posteriormente pasó a ser el actual artículo 127 del Estatuto, ubicándose orgánicamente en la Parte XIII (*Cláusulas finales*):

«1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Estatuto mediante notificación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que se reciba la notificación, a menos que en ella se indique una fecha ulterior.

2. La denuncia no exonerará al Estado de las obligaciones que le incumbieran de conformidad con el presente Estatuto mientras era parte en él, en particular las obligaciones financieras que hubiere contraído. La denuncia no obstará a la

⁷³ La profesora ESCOBAR HERNÁNDEZ se ha referido a la condición de Organización internacional de la Corte en distintos trabajos, entre los que podemos destacar estos: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La Corte Penal Internacional”, en DÍEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 11ª ed., 1999, pp. 429-437; *Ibid.*, “La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz”, *op. cit.*, p. 6, 23. En el mismo sentido, véase LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, *op. cit.*, p. 69. Esta misma idea ha sido apuntada, asimismo, entre otros, por NERONI SLADE, T. y CLARK, R.S., “Preamble and Final Clauses”, en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 421-450, at p. 432, nota 49, quienes consideran que la propia Corte se ajusta a la definición de Organización internacional del Art. 2.1, letra i), de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969, dado que se crea a través de un tratado internacional y se dota de una estructura orgánica propia. En el mismo sentido, véase GALLANT, K.S., “The International Criminal Court in the System of States and International Organizations”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, No. 3, 2003, pp. 553-591.

⁷⁴ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998, p. 169.

cooperación con la Corte en el contexto de las investigaciones y los enjuiciamientos penales en relación con los cuales el Estado denunciante esté obligado a cooperar y que se hayan iniciado antes de la fecha en que la denuncia surta efecto; la denuncia tampoco obstará en modo alguno a que se sigan examinando las cuestiones que la Corte tuviera ante sí antes de la fecha en que la denuncia surta efecto.»

De la lectura del artículo anterior, resulta patente que el Estatuto de Roma autoriza expresamente el acto de denuncia para cualquiera de los Estados Partes, de manera que ello hace materialmente posible que cualquiera de los 122 Estados en la actualidad⁷⁵ pueda plantear su retirada del instrumento. Se trata, en efecto, de una propuesta normativa encaminada a regular una conducta — la denuncia — “a fin de tener en cuenta cualquier cambio posible en las circunstancias.”⁷⁶ Aun cuando resulta notorio, la denuncia sólo puede plantearse después de la adhesión o incorporación formal al Estatuto, eso sí, con independencia de la forma en que el Estado denunciante haya manifestado su consentimiento en obligarse por él — ya sea por ratificación, aceptación, aprobación o adhesión⁷⁷ —.

La inclusión de esta cláusula de denuncia (*withdrawal* en inglés o *retrait* en francés) constituye, por tanto, un acto legítimo, como podría ser el acto contrario, esto es, la ratificación. Incluso, de conformidad con el apartado primero, letra b), del artículo 56 de la Convención, más que de un *acto*, resulta oportuno hablar de un auténtico *derecho* convencional que concede el tratado y que asiste al Estado Parte en cualquier momento posterior a la entrada en vigor. Por ello, la denuncia

⁷⁵ Última consulta realizada el 13 de junio de 2019, de conformidad con la información disponible en la página web de la Asamblea de los Estados Partes de la Corte. Un análisis retrospectivo sobre la Corte en los años que lleva funcionando hasta el 2017 puede consultarse en CHUNG, Ch., “The International Criminal Court 20 Years After Rome – Achievements and Deficits”, en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 9-22; LICERAS, J.S., “La Corte Penal Internacional (2002-2017): Balance y perspectivas”, *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, No. 9, 2018, pp. 1220-1245.

⁷⁶ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones*, Ginebra, 4 de mayo a 19 de julio de 1966, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1966, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 189, at pp. 195-298, p. 274, para. 3.

⁷⁷ Recordemos que según el Art. 125 del Estatuto, las formas de manifestación del consentimiento son: «2. El presente Estatuto estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. 3. El presente Estatuto estará abierto a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.»

del Estatuto es un “derecho de las partes”, como lo ha reconocido la Comisión en sus trabajos en materia de Derecho de los Tratados, trazando un paralelismo con otras convenciones; como la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 9 de diciembre de 1948⁷⁸ y los *Convenios de Ginebra* de 12 de agosto de 1949, los cuales estipulan expresamente el derecho de denuncia⁷⁹.

Sin embargo, es bastante frecuente encontrarnos con situaciones en las que la denuncia de un tratado internacional, a pesar de que la Convención lo califique como un “derecho”, no esté contemplada expresamente por las disposiciones del mismo. Moviéndonos en un nivel estrictamente normativo, si el tratado no prevé la denuncia o retirada, ni tampoco se pueda inferir de la intención de las partes o de la naturaleza del tratado un derecho de denuncia inherente o implícita, queda vetada esta práctica y, en consecuencia, las partes en el tratado no pueden librarse de sus obligaciones. En efecto, la respuesta depende de la intención de las partes en cada caso. Relacionado con ello, la Comisión ha señalado que “la intención de las partes es esencialmente una cuestión de hecho que no ha de determinarse tan sólo por referencia a la naturaleza del tratado sino por referencia a todas las circunstancias del caso.”⁸⁰ En consecuencia, continúa diciendo la Comisión:

«[L]a naturaleza del tratado es sólo uno de los elementos que han de tomarse en cuenta y la existencia de un derecho de denuncia o retirada no ha de suponerse implícita salvo que de las circunstancias generales del caso se deduzca que fue intención de las partes permitir la denuncia o retirada unilateral⁸¹.»

La remisión a la teoría general tratadista nos permite contrastar la realidad del Estatuto de Roma respecto de otros instrumentos que permanecen silenciosos sobre el derecho unilateral de denuncia, por lo que, en tales casos, resultarían de aplicación las normas del Derecho Internacional consuetudinario que se recogen en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, a las que ya hemos hecho referencia. Según la Comisión, podría decirse que, “puesto que en muchos casos

⁷⁸ *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948 [UNTS, Vol. 78, p. 296].

⁷⁹ Así lo ha señalado la Comisión en sus comentarios al Art. 56 de la CVDT, que encontramos en el *Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados* con sus comentarios (proyecto de artículo 53). Véase al respecto el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Vol. II, *op. cit.*, p. 275.

⁸⁰ UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I, p. 275, para 4.

⁸¹ *Ibid.*, para. 5.

las partes estipulan expresamente el derecho unilateral a denunciar o a retirarse, su silencio en otros casos debe interpretarse como excluyente de ese derecho.⁸² De esta manera, cabe concluir que los redactores del Estatuto de Roma tuvieron la intención deliberada de incluir ese derecho en el texto del instrumento.

En cuanto al móvil de la decisión de denuncia, ésta podría plantearse si el Estado denunciante considerase que sus máximos líderes políticos y/o militares se encuentran o han sido tendenciosamente perseguidos por la Corte, como se ha planteado hasta el momento. En realidad, los motivos que podrían fundamentar un acto de denuncia pueden ser muy dispares. Aunque, nosotros nos centramos prioritariamente sobre los efectos que conlleva la denuncia para la competencia de la Corte en el momento de presentarse el instrumento de denuncia, asumiendo que tal momento coincide con las fases del examen preliminar o de investigación, e incluso podría haberse iniciado propiamente el juicio oral.

2.1. La notificación de la denuncia del Estatuto mediante *instrumento de denuncia*

Retomando la explicación del apartado precedente, en este epígrafe vamos a ver cuáles son las condiciones que el Estatuto de Roma establece para el ejercicio del derecho unilateral que consagra el artículo 127 del instrumento. Pues, según la literalidad del párrafo primero de dicha norma, resulta destacable una primera idea que está relacionada con la *forma de la denuncia*. Efectivamente, para que un Estado Parte haga valer su derecho no sirve cualquier modalidad, ya que se exige explícitamente la forma escrita. Esto hace que las declaraciones verbales vertidas por un Estado Parte de que abandonará el sistema de la Corte no surtan ningún efecto en el plano jurídico, sin perjuicio de su interés y/o trascendencia política⁸³.

⁸² *Ibid.*, p. 274, para 2.

⁸³ Cabe decir que existe la posibilidad de que este Estado, mediante la realización de una serie de actos concluyentes, tenga la intención de denunciar o dar por terminado el tratado. En dicho caso, hablamos de una *denuncia tácita* que tiene por objeto cesar los efectos del Estatuto. Para su validez, el acto deberá cumplir las siguientes dos condiciones: 1) que sea imputable al Estado denunciante; 2) que se trate de un acto manifiestamente incompatible con la naturaleza y la vigencia del tratado

Por tanto, mientras no se haya presentado el correspondiente escrito de denuncia a la atención del Secretario General de las Naciones Unidas y comunicado al resto de Estados Partes, no podemos argumentar que se está ejerciendo, formalmente, el derecho de denuncia del Estatuto.

En cambio, el artículo 56 de la Convención de Viena parece no exigir, *prima facie*, la forma escrita, ya que se limita a disponer que una parte “deberá notificar” su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él al depositario del mismo. No obstante, la notificación del propósito de denunciar el tratado o retirarse del mismo debe ser expresa y plasmarse en un documento por escrito, al que hemos denominado Instrumento — según prescribe el párrafo primero del artículo 67 de la CVDT — para poder ser posteriormente depositada al sujeto designado. Pues, sin un soporte físico o material, resulta imposible presentar la notificación que la norma prescribe. En este mismo sentido se ha pronunciado la Comisión en sus comentarios sobre el *Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados*, al disponer la siguiente idea:

«El acto de procedimiento necesario [...] es una notificación por escrito. Pero, para evitar dificultades, es indispensable que la notificación se haga en buena y debida forma, que proceda de la autoridad competente y que sea comunicada regularmente a los demás Estados interesados⁸⁴.»

Partiendo de esta afirmación, se exige que la notificación se realice de una forma determinada, con el objetivo de prevenir su irregularidad. En este sentido, como reconoce la CDI, “se estima preferible, para mayor regularidad y seguridad de las relaciones nacidas del tratado, exigir que se indique siempre el fundamento jurídico de la notificación.”⁸⁵ En efecto, si nos atenemos a la literalidad de todas las notificaciones de denuncia presentadas hasta la fecha, podemos constatar que, aun cuando todas ellas difieren en cuanto a su contenido, respetan en lo esencial una forma concreta: todas identifican la base jurídica que les permite denunciar

en cuanto tal. Vid. CONDE PÉREZ, E., *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*, op. cit., p. 148.

⁸⁴ CDI, Segundo informe de Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1963, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/156 y Add.1-3, p. 100, para. 1.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 100, para. 2.

el Estatuto de Roma, refiriéndose explícitamente al artículo 127⁸⁶; todas recogen la fecha en que se entiende realizado el acto de denuncia y, más importante aún, la fecha a partir de la cual el instrumento surtirá efectos jurídicos. Pues, la primera es una exigencia e indicativo *sine qua non* para determinar la segunda.

Por lo tanto, la *comunicación* de la intención de denuncia solo se producirá de manera efectiva cuando el comunicado —esto es, el instrumento— lo recibe el depositario. De conformidad con el artículo 78 de la Convención de Viena de 1969 se exige que la notificación que deba hacer el Estado, en este caso de denuncia, se entenderá por formalizada sólo cuando “ha sido transmitida a un depositario”⁸⁷.

En cuanto a la parte sustantiva de la notificación de retirada, que adoptará técnicamente la denominación de ‘Instrumento de Denuncia’⁸⁸, el artículo 127 del Estatuto de Roma no exige que el Estado denunciante explique o dé razones sobre el motivo de la denuncia. Por lo tanto, cualquier Estado Parte, después de haberse adherido al sistema de la Corte, podrá presentar una notificación de retirada en cualquier momento, sin que sea necesario que fundamente su decisión⁸⁹. Ejemplo de la ausencia de formalismos son las cuatro notificaciones oficiales de denuncia del Estatuto de Roma presentadas hasta la fecha por Burundi, Gambia, Sudáfrica y Filipinas, cada una de las cuales mantiene un estilismo diferente. En este orden, si bien los escritos depositados por Burundi y Gambia se limitan únicamente a transcribir el párrafo primero del artículo 127 del Estatuto, sin entrar en mayores pormenores, los Instrumentos de Denuncia de Sudáfrica y Filipinas presentan un contenido mucho más elaborado, en la medida en que tratan de fundamentar los motivos que llevaron a ambos países a plantear su denuncia y, de alguna manera,

⁸⁶ *Ibid.*, «[a]unque esa indicación tal vez no sea estrictamente necesaria en el caso de un derecho enunciado expresamente en el tratado, puede ser útil para prevenir el riesgo de que la notificación sea irregular, puesto que pone de manifiesto los términos de la cláusula convencional.»

⁸⁷ Según la letra c) del Art. 78 de esta Convención.

⁸⁸ De acuerdo con el Art. 67.2 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969: «Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 ó 3 del artículo 65, se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes.»

⁸⁹ CLARK, R.S., “Article 127. Withdrawal”, *op. cit.*, p. 2322.

de convencer a la Comunidad internacional de su compromiso incondicional con la justicia penal internacional⁹⁰.

Ahora bien, por lo que se refiere al plazo, la intención de denuncia se debe notificar con, al menos, doce meses de antelación, siguiendo la norma general. A nuestro modo de ver, esta redacción no resulta del todo clara para comprender a qué se refiere exactamente ese período, es decir, cuál es la relevancia jurídica del plazo. Afortunadamente, el párrafo primero del artículo 127 del Estatuto clarifica que “[l]a denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que se reciba la notificación”, por lo que, así, queda despejada cualquier interpretación equívoca. En realidad, la norma requiere que transcurra el período de un año desde que se deposite la notificación hasta que la misma se haga efectiva, lo que significa, hasta que se materialice la retirada efectiva del Estatuto. En todo caso, procede advertir que la misma deberá guardar su carácter de notificación “firme e inequívoca de terminación o retirada⁹¹” del tratado, ya que, como adelantamos en las líneas que preceden, el Estado denuncia “el presente Estatuto” en cuanto tal y no a concretas obligaciones jurídicas derivadas de éste.

De esta forma, la denuncia surtirá plenos efectos jurídicos un año después de recibida la notificación, “a menos que en ella se indique una fecha ulterior”⁹². Ahora bien, entendemos que, por prescripción legal, dicho período nunca puede ser inferior, pero sí superior a los doce meses, dado que la norma estatutaria habla de “fecha ulterior”, dándonos a entender que esa fecha nunca puede ser anterior.

Por consiguiente, el criterio seguido por la Comisión para la concesión del plazo obedece a la naturaleza del tratado y su aspiración de renovarse cada cierto tiempo o de permanecer de manera indefinida en el tiempo. El Estatuto de Roma, al establecer una Institución permanente, se inscribe claramente en el segundo de aquellos criterios, al tratarse de un tratado que, sujeto a denuncia, ha de continuar indefinidamente. Asimismo, el mismo no se refiere en ninguna parte de la norma

⁹⁰ Respecto de los Instrumentos de Denuncia, pueden contrastarse las notificaciones de Burundi: UN Doc. C.N.805.2016.TREATIES-XVIII.10; Gambia: UN Doc. C.N.862.2016.TREATIES-XVIII.10; Sudáfrica: UN Doc. C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10; y, finalmente, el Instrumento de Filipinas: UN Doc. C.N.138.2018.TREATIES-XVIII.10.

⁹¹ *Ibid.*, p. 100, para. 5.

⁹² Según dispone la cláusula final del párrafo primero del Art. 127 del Estatuto de Roma.

al momento procesal adecuado para que un Estado Parte lleve a cabo el acto de denuncia. De lo anterior, se desprende que cualquiera de las Partes, y, sobre todo, los Estados con examen o investigación pendientes, pueden denunciar el Estatuto en cualquier momento del proceso judicial. Pues, la referencia del artículo 127 del Estatuto a “[t]odo Estado Parte” debe interpretarse, en sentido literal, como todo Estado que ostente dicha condición, sin que sean relevantes las connotaciones de carácter jurisdiccional, al menos respecto del momento de la denuncia.

El complemento que hace el Estatuto de Roma, muy interesante a nuestro entender, es la posibilidad de extender dicho plazo de doce meses a un período superior, sin especificar cuál es el mismo. La consideración de dicho plazo se deja abierta al Estado denunciante, aunque un motivo para ello podría estar implícito en las situaciones remitidas a la Corte para su tratamiento procesal. En esos casos, no cabe duda de que la retirada será más compleja y técnica, por lo que, con más fundamento, puede determinarse la existencia de un período superior al previsto legalmente.

De ahí que, aparte del requisito formal, el sometimiento de la denuncia del Estatuto a un requisito temporal responde a la necesidad de proteger los intereses de las otras Partes en el tratado, garantizando ese período mínimo de doce meses. Además, para los casos objeto de estudio, como son las situaciones de Burundi y de Filipinas, hay que tener en cuenta la circunstancia agravante que representa para la actividad jurisdiccional de la Corte la retirada del Estado del *locus delicti commissi*, a los efectos de obtención de las pruebas o en términos de cooperación.

Por otra parte, si bien el momento inicial para depositar la notificación de retirada no parece ser problemático, lo cierto es que el Estatuto guarda silencio sobre el efecto reversible o irreversible de la notificación de retirada, una vez que haya sido depositada ante el Secretario General de las Naciones Unidas. Es decir, lo que nos planteamos aquí es si la notificación puede ser retirada por el Estado que la haya presentado en caso de haber recapacitado su decisión, recuperando, por tanto, *ipso facto*, su estatus inicial de Parte, si es que ha llegado a perderlo en algún momento. Ello es así porque, desde la presentación de la notificación hasta la consumación del tiempo material de un año, a menos que se indique una fecha

ulterior, el Estado denunciante sigue siendo Parte en el Estatuto de Roma a todos los efectos⁹³. Además, la práctica reciente demuestra, claramente, que un Estado denunciante, como lo fueron Gambia y Sudáfrica, puede, una vez presentada la notificación de retirada al Secretario General, retractarse de su decisión y revocar la misma. De tal manera que, el Estado denunciante dejará sin efecto la denuncia presentada y mantendrá su condición ordinaria de Estado Parte en el Estatuto. Lo que se produce en estos casos es una *rescisión* de la declaración presentada en primer lugar por la depositada posteriormente, que refleja la última voluntad del denunciante. Por lo tanto, en tales situaciones, la retirada no llega a consumarse⁹⁴.

2.2. La notificación de la denuncia mediante *enmienda* al Estatuto de Roma

Sin perjuicio de la posibilidad de plantear la denuncia del Estatuto en los términos que acabamos de ver, esto es, mediante la aplicación del artículo 127 de este instrumento, debemos tener en cuenta que el artículo 121, sobre enmiendas, contempla en su párrafo sexto la posibilidad de denuncia por parte de un Estado Parte que no acepta una enmienda al Estatuto. De forma general, toda enmienda entrará en vigor respecto de uno de esos Estados un año después de que los siete octavos de todos ellos hayan depositado sus instrumentos de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas⁹⁵. Ahora bien, siguiendo el tenor literal del apartado sexto de la norma antes citada, resulta que:

«Si una enmienda ha sido aceptada por los siete octavos de los Estados Partes de conformidad con el párrafo 4, *el Estado Parte que no la haya aceptado podrá denunciar el presente Estatuto con efecto inmediato*, no obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 127 pero con sujeción al párrafo 2 de dicho artículo, mediante notificación hecha a más tardar un año después de la entrada en vigor de la enmienda⁹⁶.»

⁹³ Véase SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 1206.

⁹⁴ Como ya hemos manifestado, Gambia depositó su Instrumento de Denuncia el 10 de noviembre de 2016, retirando el mismo el 10 de febrero de 2017; y Sudáfrica hizo lo mismo, depositando su Instrumento el 19 de octubre de 2016, retirándolo el 7 de marzo de 2017. En ambos casos, no había transcurrido el período de los doce meses.

⁹⁵ Según dispone el párrafo cuarto del Art. 121 del Estatuto de Roma.

⁹⁶ Énfasis añadido.

Como se puede evidenciar, este apartado sexto especifica que el resultado de la denuncia se producirá “no obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 127”, con sujeción “al párrafo 2 de dicho artículo”. Ello se explica porque, aunque se trata de una fórmula de denuncia distinta a la analizada, el Estatuto exige que la misma se ajuste, en todo momento, a la literalidad de la norma específica sobre denuncia del instrumento, y, más concretamente, al párrafo segundo del artículo 127, que regula las consecuencias de la retirada y las obligaciones vigentes para el Estado Parte denunciante. De ahí que, teniendo en cuenta la existencia de esta realidad paralela, a continuación, pasamos a ver cuáles son dichas consecuencias para el Estado que decida ejercer tal derecho de denuncia.

III. LOS EFECTOS JURÍDICOS PRODUCIDOS POR LA PRESENTACIÓN DE LA DENUNCIA DEL ESTATUTO SOBRE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE

3.1. Los derechos y las obligaciones derivados del acto de denuncia del Estatuto de Roma para el Estado Parte denunciante

Como acabamos de decir, independientemente de la forma en que se haya efectuado la denuncia, las consecuencias jurídicas derivadas de este acto serían coincidentes en lo material. Cuando hablamos de obligaciones convencionales y consecuencias, resulta imprescindible mencionar, en primer lugar, el artículo 43 de la CVDT, refiriéndose este último a las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional independientemente de un tratado. De conformidad con la norma, la nulidad, la terminación o la denuncia de un tratado internacional, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado que se ha denunciado, esto es, del Estatuto de Roma, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en dicho tratado a la que esté sometido en virtud del Derecho Internacional.

Pues bien, la anterior es la primera manifestación normativa en materia de consecuencias derivadas del acto de denuncia de un tratado, según la cual, dicho acto no perjudicará la suerte de las obligaciones que hayan podido originarse en el período en que el Estado denunciante haya sido Parte en el tratado. Por tanto, siguiendo este planteamiento podemos adelantar que la denuncia del Estatuto de Roma no menoscabará en nada el deber del Estado Parte denunciante de cumplir toda obligación enunciada en el mismo.

A modo de aclaración, resulta destacable que la denuncia del Estatuto no afecta, en ningún caso, la continuidad de las relaciones del resto de Estados Partes respecto de la Corte como Organización internacional, de tal manera que, incluso cuando el número mínimo de ratificaciones que se exige para la entrada en vigor del instrumento llegue por debajo del requerido estatutariamente, la denuncia no afectará la suerte del tratado en vigor⁹⁷. Además, esta afirmación viene reflejada en la letra del artículo 55 de la CVDT, cuando dice que: “[u]n tratado multilateral no terminará por el solo hecho de que el número de partes llegue a ser inferior al necesario para su entrada en vigor, salvo que el tratado disponga otra cosa.”⁹⁸

De ahí que, la primera consecuencia jurídica para el Estado denunciante es la salida del mismo del seno de la organización de la cual quiere desvincularse. Aunque, en el caso de la Corte, la cuestión es aún más compleja porque, además de ser una Institución internacional, la misma cumple una función jurisdiccional, cuál es poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves para la Comunidad internacional y contribuir así a su prevención, sin sustituir, como ya hemos tenido la oportunidad de afirmar en el Capítulo I, a los Estados Partes en el ejercicio de la facultad sancionadora o *ius puniendi* en su respectivo ámbito de soberanía territorial.

⁹⁷ El párrafo primero del Art. 126 del Estatuto de Roma dice que: «El presente Estatuto entrará en vigor el primer día del mes siguiente al **sexagésimo día** a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el **sexagésimo instrumento** de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.» Énfasis añadido. El Estatuto de Roma contempla, por tanto, dos requisitos cumulativos para su entrada en vigor: uno temporal y otro cuantitativo. El mismo comentario puede observarse en SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute, op. cit.*, p. 1206.

⁹⁸ La rúbrica de este artículo es: «Reducción del número de partes en un tratado multilateral a un número inferior al necesario para su entrada en vigor.»

Siguiendo el tenor de la primera frase del párrafo segundo del artículo 127 del Estatuto, conviene remarcar que en su literalidad se refiere abiertamente a las obligaciones que le incumben al Estado Parte que se retira con arreglo al Estatuto mientras formaba parte en él, mencionando, en primer término, a las obligaciones financieras que aquél hubiere contraído. Sin perjuicio de ello, este apartado hace referencia explícita a tres tipos de obligaciones, aunque el carácter abierto de su formulación puede plantear algunas dificultades de interpretación en el futuro, aun cuando su objetivo es esclarecer el alcance de las obligaciones en los casos de denuncia.

a) Obligaciones financieras

Como ya hemos señalado, la primera clase de obligaciones a las que hace mención la norma son las “obligaciones financieras” que el Estado Parte hubiere adquirido frente a la Corte. Pues, no cabe extrañar que la adhesión al sistema del Estatuto de Roma conlleve una serie de compromisos económicos y financieros que derivan de la condición de Parte en el Estatuto. A este efecto, el artículo 115, letra a), estipula que los gastos de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes previstos en el presupuesto que aprueba anualmente la Asamblea se sufragarán, principalmente, con cargo a las cuotas de los Estados Partes. En realidad, se trata de uno de los recursos más importantes para el sostenimiento de la actividad de la Corte y que, como en toda Organización internacional, representan una de las obligaciones de todo Miembro, hasta el extremo de que su impago representaría una deuda soberana.

En términos más amplios, dentro de la obligación general de cooperación, cabe incluir las obligaciones que un Estado asume antes de adquirir la condición de Parte en el Estatuto de Roma, como también las obligaciones derivadas de los

aspectos orgánicos⁹⁹ y sustantivos¹⁰⁰ de ese instrumento¹⁰¹. Entre las obligaciones derivadas de los aspectos orgánicos del Estatuto se encuentran, precisamente, las obligaciones a las que se refiere el inciso primero del párrafo segundo del artículo 127, es decir, las obligaciones de índole financiera. Por lo que, cabe afirmar que, mientras ostentaba la condición de Parte en el Estatuto, ese Estado se consideraba sujeto activo de todas y cada una de las obligaciones derivadas de esta condición, inclusive la obligación de participar en la financiación de la Corte¹⁰², con el objeto de contribuir directamente al sostenimiento de ésta mediante el pago de la cuota que le corresponda como Estado Parte, o bien haciéndolo de forma indirecta por medio de aportaciones al presupuesto general de las Naciones Unidas¹⁰³ e incluso mediante contribuciones voluntarias¹⁰⁴.

Aunque semejante cuestión puede considerarse como el resultado final del acto de denuncia, su inclusión en el párrafo segundo resulta bien recibida, ya que despeja toda incertidumbre respecto del compromiso del Estado denunciante de cumplir sus obligaciones financieras generadas por tal condición. Una vez que se haya materializado la retirada, entendemos que dicho Estado, ya tercero, deberá

⁹⁹ En este marco de obligaciones generales se insertan, además de las obligaciones financieras, las obligaciones relativas al nombramiento de los órganos de la Corte, como es el nombramiento de los magistrados de ésta; o la celebración de sesiones en otro lugar distinto de la sede del Estado anfitrión cuando se considere conveniente, de conformidad con el Art. 3.3 del Estatuto de Roma.

¹⁰⁰ Las obligaciones derivadas de los aspectos sustantivos del Estatuto se plantean en relación con los crímenes tipificados en él y relacionados con la competencia material de la Corte. En concreto, estas obligaciones pueden suponer para el Estado Parte la obligación de transposición de dichos crímenes a su propio ordenamiento jurídico. En principio, el Estatuto no establece una obligación de esta índole, salvo la referencia genérica que encontramos en el Preámbulo: «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia».

¹⁰¹ Véase LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “La cooperación entre la Corte Penal Internacional y los Estados”, en *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, op. cit., pp. 255-291, en particular pp. 260-264.

¹⁰² Según el Art. 114 del Estatuto de Roma: «Los gastos de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes, incluidos los de su Mesa y órganos subsidiarios, se sufragarán con fondos de la Corte.»

¹⁰³ De conformidad con lo dispuesto en el Art. 115 del Estatuto de Roma: «Los gastos de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes, inclusive su Mesa y sus órganos subsidiarios, previstos en el presupuesto aprobado por la Asamblea de los Estados Partes, se sufragarán con cargo a: a) Cuotas de los Estados Partes; b) Fondos procedentes de las Naciones Unidas, con sujeción a la aprobación de la Asamblea General, en particular respecto de los gastos efectuados en relación con cuestiones remitidas por el Consejo de Seguridad.»

¹⁰⁴ El Art. 116 se refiere a las *contribuciones voluntarias*: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 115, la Corte podrá recibir y utilizar, en calidad de fondos adicionales, contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades, de conformidad con los criterios en la materia que adopte la Asamblea de los Estados Partes.»

sufragar el coste del procedimiento judicial que se encontraba pendiente hasta su completa terminación, ya sea por sentencia absolutoria o condenatoria, o bien por sobreseimiento de la causa *criminis*.

Por lo tanto, dicho Estado tendrá la obligación de observar y cumplir de buena fe las obligaciones que deriven del Estatuto de Roma, aun permaneciendo al margen de dicho tratado. Ello es así precisamente porque durante su condición de parte en el Estatuto, la Corte ya había activado su competencia para conocer de los crímenes cometidos en el territorio o por los nacionales de ese Estado Parte. Si no fuera por tal activación *ex ante*, estaríamos violando claramente el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, según el cual un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento¹⁰⁵.

b) Obligaciones de cooperación y otras obligaciones

El párrafo segundo del artículo 127 establece, igualmente, que la denuncia se entenderá sin perjuicio de la “cooperación con la Corte en el contexto de las investigaciones y los enjuiciamientos penales en relación con los cuales el Estado denunciante esté obligado a cooperar y que se hayan iniciado antes de la fecha en que la denuncia surta efecto”. Se trata de un texto clave para entender que el alcance de la denuncia no perjudicará las obligaciones contempladas en la Parte IX del Estatuto de Roma para los Estados Partes¹⁰⁶. En este contexto, el artículo 86 del instrumento, relativo a la *obligación general* de los Estados Parte de cooperar plenamente con la Corte, se extenderá al Estado denunciante “en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia” que, cuando se alcanza el período de los doce meses, se encuentran *sub iudice* ante la Corte. Por lo que, la misma se encuentra facultada para formular todo tipo de solicitudes de cooperación y asistencia judicial al Estado denunciante hasta que se complete el procedimiento penal¹⁰⁷.

¹⁰⁵ De conformidad con el Art. 34 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969.

¹⁰⁶ La Parte IX versa sobre la *cooperación internacional y la asistencia judicial*, introduciendo el Art. 86 la obligación general de cooperar con la Corte.

¹⁰⁷ Véase más abajo el epígrafe sobre la República de Sudáfrica que, una vez planteada la denuncia del Estatuto de Roma, seguía manteniendo plenamente vigente su obligación de cooperar con la Corte en la detención y entrega del entonces Presidente del Sudán, el Sr. *Omar Al Bashir*, cuando éste se encontraba presente en territorio sudafricano para asistir a la cumbre de la Unión Africana.

Siguiendo el tenor literal de la disposición que acabamos de transcribir del artículo 127, en el momento en que se refiere a las obligaciones de cooperación, cabe comprender las que se hayan podido sustanciar antes de la denuncia o entre la fecha del depósito de la notificación hasta la entrada en vigor del instrumento de denuncia¹⁰⁸. De ahí que, queda abierta la cuestión de si las obligaciones que pudieran aparecer, *pro futuro*, son exigibles o no al Estado denunciante, como, por ejemplo, una orden de detención y entrega de una persona considerada presunto sospechoso en el marco de la investigación en curso. Una actuación en tal sentido, ¿supondría la violación del principio del efecto relativo de los tratados? En efecto, consideramos que, como se trata de una situación jurídica que se ha sustanciado a partir de una investigación precedente en el tiempo, y la orden es solamente el resultado de la ejecución del Estatuto, no podríamos calificar la misma como una obligación contraria al Derecho Internacional.

En idéntico sentido lo ha entendido la Sala de Cuestiones Preliminares III de la CPI, considerando que debe hacerse una distinción entre: por una parte, la competencia de la Corte antes de la entrada en vigor del instrumento de denuncia y, por otra, las obligaciones del Estado denunciante una vez que entre en vigor o produzca sus efectos la denuncia, a saber, un año después de la fecha en que se reciba la notificación, salvo que en ella se indique una fecha ulterior¹⁰⁹. Para este último caso, la Sala se remite a lo estipulado por el apartado segundo del artículo 127¹¹⁰, aunque el mismo no ofrece respuestas a todas las cuestiones que se puedan suscitar como consecuencia de la denuncia, por lo que debe ser interpretado de conformidad con el objeto y el fin del Estatuto. En sentido literal, la Sala establece que: “any obligations on the part of Burundi arising out of the Chamber’s article 15(4) decision would survive Burundi’s withdrawal.”¹¹¹ Es decir, la Sala reconoce que, cualquier obligación que derivara de la *Requête* de la Fiscalía para investigar,

¹⁰⁸ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 1207.

¹⁰⁹ ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, Pre-Trial Chamber III, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”, 25 October 2017, ICC-01/17-X-9-US-Exp, Public Redacted Version of 9 November 2017, para. 23.

¹¹⁰ *Ibid.*, para. 25.

¹¹¹ *Ibid.*, para. 26.

resistiría la denuncia de Burundi, basándose en el criterio de la temporalidad¹¹². Esto mismo sería extrapolable a cualquier otro acto similar que podría producirse en el futuro, con lo cual esta aclaración jurisprudencial resulta bienvenida ante la imprecisión de la norma jurídica. Por último, la Sala termina pronunciándose así:

«Therefore, subsequent to the entry into force of its withdrawal, Burundi's obligation to cooperate with the Court in relation to such an investigation, if authorized, remains in effect for as long as the investigation lasts and encompasses any proceedings resulting from the investigation¹¹³.»

Así que, en lo que concierne a los efectos de la denuncia del Estatuto sobre el procedimiento penal en el contexto de las investigaciones y los enjuiciamientos penales, el funcionamiento de la Corte se regirá por el *principio de continuidad*, con tal de que “se hayan iniciado antes de la fecha en que la denuncia surta efecto”, como sucedió, en efecto, con la situación en Burundi y en Filipinas.

Asimismo, “la denuncia tampoco obstará en modo alguno a que se sigan examinando las cuestiones que la Corte tuviera ante sí antes de la fecha en que la denuncia surta efecto. Cabe observar que el Estatuto de Roma emplea el término “las cuestiones” para referirse, muy claramente, a la posibilidad de que la Corte realizara un examen preliminar o abriera una investigación formal acerca de una situación concreta sobre uno o varios crímenes de su competencia. Aunque, debe tratarse de una fase previa al momento en que la denuncia devenga efectiva. Por lo tanto, si la Fiscalía llegase a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello en virtud del párrafo tercero del artículo 15 del Estatuto, tal y como lo haría ordinariamente en el marco del Estatuto.

3.2. Los efectos jurídicos producidos por la denuncia del Estatuto de Roma respecto de un procedimiento *sub iudice*: la continuidad de la actividad jurisdiccional de la Corte

¹¹² Dice la Corte: «The reason is that the present decision is delivered prior to the entry into effect of Burundi's withdrawal on 27 October 2017.»

¹¹³ *Ibid.*

Por lo que concierne, muy particularmente, a las consecuencias jurídicas respecto de un procedimiento *sub iudice* ante la Corte, podríamos destacar que la denuncia no afectará, al menos teóricamente, la surte de las investigaciones y los enjuiciamientos abiertos antes del momento en que aquella devenga efectiva, ni tampoco afectará a las obligaciones existentes y dimanantes del Estatuto antes de dicho período. El momento crítico es el que transcurre en el iter temporal del año natural, desde la presentación de la notificación de denuncia hasta que la misma se haga efectiva. Ahora bien, autores como CLARK afirman que, incluso si el Fiscal no haya iniciado o tomado ninguna medida relevante durante ese período — por ejemplo, porque no haya iniciado el examen preliminar —, entonces la denuncia tampoco obstaría a que la Corte pudiera ejercer su jurisdicción en dicha situación:

«It would seem to follow that if there were breaches of the substantive provisions of the Rome Statute on a State's territory or by its nationals prior to withdrawal, those offenses would still come within the jurisdiction of the Court, even if the prosecution had not been commenced before withdrawal¹¹⁴.»

Pues bien, debemos manifestar nuestra conformidad con tales palabras, ya que compartimos la opinión de que, incluso cuando el Fiscal no haya tomado una medida relevante en el período del año, la Corte podría tener competencia sobre una situación que se encontraba *in statu nascendi*, esto es, que se estaba 'gestando' durante dicho momento. Ello está en consonancia con la norma de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, en concreto, la letra b) del artículo 70.1 de la misma.

En este sentido, resulta obligada la remisión al artículo 70 de la CVDT, una norma que se refiere, en términos generales, a las consecuencias derivadas de la terminación de un tratado¹¹⁵. Con arreglo al apartado primero de dicho artículo, aplicado al hecho circunstancial, la terminación del Estatuto, salvo que el mismo disponga otra cosa o las Partes convengan lo contrario: a) eximirá al Estado Parte

¹¹⁴ CLARK, R.S., "Article 127. Withdrawal", *op. cit.*, p. 2324.

¹¹⁵ Sobre esta cuestión pueden verse: CAPOTORTI, F., "L'extinction et la suspension des traités", *op. cit.*, pp. 419-587; CORTEN, O. y KLEIN, P. (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 1585 y ss.; FITZMAURICE, G.G., Segundo informe de G. G. Fitzmaurice, Relator Especial, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1957, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/107, pp. 19 y ss.

denunciante de la obligación de seguir cumpliendo el Estatuto en el futuro; y, todavía más importante, b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica que este Estado haya asumido como consecuencia de la ejecución del Estatuto antes de su terminación para él¹¹⁶. Por consiguiente, esta letra b) recoge la misma idea consagrada por el apartado segundo del artículo 127 del Estatuto, en el sentido de que: “[l]a denuncia no exonerará al Estado de las *obligaciones* que le incumbieran de conformidad con el presente Estatuto mientras era parte en él”¹¹⁷.

Partiendo de esta norma general, que deriva, a su vez, del artículo 66 del *Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados* de 1966¹¹⁸, tratándose del artículo 53 en el Proyecto de 1963, la Comisión ha querido puntualizar que la letra b) del párrafo primero del artículo 70 se refiere exclusivamente a cualesquiera derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de los Estados Partes en el tratado, creados por la ejecución de éste, lo cual no guarda ninguna relación con el problema de los *derechos adquiridos* de las personas¹¹⁹. Pues, aunque quien se retira del Estatuto es el Estado, no hay que olvidar que el enjuiciado es una persona natural nacional de ese Estado, o nacional de un tercer Estado pero que haya realizado la conducta en el territorio del Estado denunciante. Por tanto, las palabras “a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación”, tienen como destinatarios finales a los Estados, sin que, por ello, afecten a los derechos de los justiciables.

¹¹⁶ El Art. 70 de la Convención, sobre las *consecuencias de la terminación de un tratado*, establece en su integridad que: «1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención: a) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado; b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación. 2. Si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo 1 a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro.»

¹¹⁷ Énfasis añadido.

¹¹⁸ Texto aprobado por la Comisión y presentado a la Asamblea General como parte del *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones (Ginebra, 4 de mayo a 19 de julio de 1966)*, pp. 195-298. El Informe, que también contiene comentarios sobre los proyectos de artículos, aparece en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, pp. 189 y ss.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 290, para. 3.

A este respecto, cabe señalar que, aunque un Estado Parte deje de tener tal consideración al haber denunciado el Estatuto de Roma, si la situación se hubiere iniciado antes de que se produjera la entrada en vigor del instrumento de retirada – momento temporal que se corresponde con su eficacia jurídica –, entonces se podrá llevar a cabo una investigación completa, ya que la denuncia del Estatuto no tiene ningún impacto sobre las obligaciones del Estado denunciante, ni puede entenderse como una denuncia de tales obligaciones en dicha situación. Aunque, una vez en vigor el instrumento de retirada, la Fiscalía no podrá iniciar una nueva investigación, autónoma e independiente de la anterior. Ello es así porque en este último caso no tendrá jurisdicción para investigar, con lo que no podrá ejercer su competencia en el territorio del antiguo Estado Parte o sobre sus nacionales, salvo que los mismos hayan cometido los crímenes en el territorio de un Estado Parte, supuesto que ya hemos relatado en el Capítulo III de esta tesis, en el que entra en juego el principio de territorialidad.

Por lo tanto, la denuncia presentada por el Estado territorial o el Estado de la nacionalidad del acusado del crimen, que supone la terminación del Estatuto para el mismo, “no afectará a ningún derecho, obligación o *situación jurídica* de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.”¹²⁰ Pues, ésta es la única forma en que podemos leer de forma acorde y compatible con el Derecho Internacional general la previsión que hace el Estatuto de Roma al final del apartado segundo del artículo 127, manifestando que: “la denuncia tampoco obstará en modo alguno a que se *sigan examinando las cuestiones que la Corte tuviera ante sí* antes de la fecha en que la denuncia surta efecto.”¹²¹ Ello implica que la Corte, y en particular la Fiscalía, debe haberse interesado por la situación de que se trate, y al menos haber iniciado algunos trámites para considerar que la misma se encuentra literalmente “ante la Corte”.

Además, resulta necesario añadir que algunas cuestiones relacionadas con la denuncia del Estatuto, y ciertos aspectos orgánicos sobre el funcionamiento de la Corte, no están previstas por el artículo 127. Así, por ejemplo, resultaría incierta

¹²⁰ Énfasis añadido.

¹²¹ Énfasis añadido.

la suerte que correrá un condenado que se encuentre cumpliendo condena en el territorio de un Estado Parte que decide retirarse del Estatuto de Roma mientras dure el cumplimiento de la misma. Pero, tampoco estaría muy clara la suerte de los magistrados de la Corte, que, como tales, son inamovibles, y que en todo caso deben ser nacionales de un Estado Parte, aunque pueden ser propuestos por un Estado Parte diferente al de su nacionalidad¹²². ¿Podrían seguir desempeñando sus funciones si el Estado del que son nacionales, o el Estado que les propone, denuncia el Estatuto de Roma y, en consecuencia, se retira de él? En realidad, se trata de una situación que ya se ha producido con la retirada de Filipinas el 17 de marzo de 2019, Estado que había propuesto para su elección como magistrado de la Corte a su Señoría, el Sr. Raul CANO PANGALANGAN, elegido el 24 de junio de 2015 de la lista B del Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, con un mandato inicial de seis años, extendiéndose el mismo del 13 de julio de 2015 al 10 de marzo de 2021¹²³. Desde el 18 de marzo de 2019, un día después de la retirada efectiva de Filipinas, dicho magistrado ha sido elegido para presidir la Sección de Primera Instancia de la Corte, lo cual es indicativo de que en esta materia rige de forma similar el principio de continuidad, todavía cuando el Estado de la nacionalidad ha dejado de formar parte del sistema del Estatuto de Roma.

Así que, una vez visto el contenido del artículo 127 del Estatuto desde la óptica del artículo 70 de la Convención, a continuación, resulta necesario abordar, caso por caso, las diferentes situaciones en las que el primero de dichos preceptos ha sido invocado por un Estado Parte en ese instrumento.

¹²² A la luz del Art. 36.4, letra b), del Estatuto de Roma, queda claro que: «[u]n Estado Parte podrá proponer un candidato que no tenga necesariamente su nacionalidad, pero que en todo caso sea nacional de un Estado Parte.» Puede consultarse el Art. 36 sobre las condiciones que han de reunir los magistrados, candidaturas y elección de los mismos.

¹²³ A los efectos del párrafo quinto del Art. 36 del Estatuto, la lista B se refiere a los candidatos a magistrados de la Corte que no forman parte de la Carrera Judicial en sus respectivos países, sino que son personas de reconocida competencia en materias pertinentes del Derecho Internacional, tales como el Derecho Internacional Humanitario y las normas de derechos humanos, así como con gran experiencia en funciones jurídicas profesionales que tengan relación con la labor judicial de la Corte.

IV. LOS ESTADOS 'PARTES' QUE HAN PRESENTADO SU DENUNCIA DEL ESTATUTO DE ROMA EX ARTÍCULO 127

Según las palabras del profesor SSENYONJO¹²⁴, una de las circunstancias por las que ha habido un movimiento de ciertos Estados Partes que se plantearon, y que denunciaron el Estatuto de Roma, puede deberse al creciente descontento con la desigualdad percibida por los mismos en la aplicación del tratado respecto de sus propios nacionales y, muy particularmente, con respecto a algunos líderes africanos¹²⁵. Decididos e influenciados por esta apreciación de que Corte persigue judicialmente a sus máximos líderes, dicho episodio culminó con la presentación de tres notificaciones de denuncia por parte de tres Estados africanos de entre los 124 que había en aquel entonces¹²⁶, a las cuales, por supuesto, tenemos que sumar la denuncia de Filipinas.

Por la difícil relación que puede constatarse entre los Estados africanos y la propia Corte, resulta especialmente relevante referirnos a las denuncias que se han ido realizando por cada uno de los Estados mencionados anteriormente. De esta manera, los tres Estados denunciadores, casualmente todos ellos Miembros de la Unión Africana, invocaron el artículo 127 del Estatuto de Roma como parte de la Estrategia de Retirada de la Corte Penal Internacional (*ICC Withdrawal Strategy*)

¹²⁴ SSENYONJO, M., "State withdrawal notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia", *op. cit.*, pp. 63-64.

¹²⁵ En efecto, en la notificación de denuncia presentada por la República de Sudáfrica al Secretario General de las Naciones Unidas el 19 de octubre de 2016 [vid. UN Doc. C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10], el Estado denunciante manifiesta como una de las razones para su retirada la siguiente: «There is also perceptions of inequality and unfairness in the practice of the ICC that do not only emanate from the Court's relationship with the Security Council, but also by the perceived focus of the ICC on African states, notwithstanding clear evidence of violations by others.»

¹²⁶ Sobre la relación entre África y la CPI, pueden consultarse, entre otros: ANKUMAH, E.A. (ed.), *The International Criminal Court and Africa. One Decade On*, Cambridge: Intersentia, 2016, p. 676; CLARKE, K.M. et al. (eds.), *Africa and the ICC. Perceptions of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 1-36; MONAGENG, S.M., "Africa and the International Criminal Court: Then and Now", en WERLE, G., FERNÁNDEZ, L. y VORMBAUM, M. (eds.), *Africa and the International Criminal Court*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2014, pp. 13-20; NIANG, M., "Africa and the Legitimacy of the ICC in Question", *International Criminal Law Review*, Vol. 17, No. 4, 2017, pp. 615-624; NYAWO, J., *Selective Enforcement and International Criminal Law. The International Criminal Court and Africa*, Cambridge: Intersentia, 2017, pp. 1-32; TESSEMA, M.T., "African Regional Developments – Challenge or Chance for the International Criminal Court? Three Courts in One: The African Criminal Court", en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 43-59.

promovida por la Asamblea de la Unión Africana y adoptada por la misma el 30 de enero de 2017 en la sesión ordinaria celebrada en Adís Ababa¹²⁷. En realidad, se trata de una propuesta de retirada colectiva del sistema del Estatuto de Roma por parte de aquellos Miembros de la Unión Africana que son, al mismo tiempo, Estados Partes en el instrumento¹²⁸. Fundamentándose en esta política, y lejos de solidarizarse con la misión de la Corte, la Asamblea de la Unión Africana recibió con beneplácito “the sovereign decisions taken by Burundi, South Africa and The Gambia as pioneer implementers of the Withdrawal Strategy, regarding their notification of withdrawal from the ICC”¹²⁹.

A partir de ahí, durante los meses de octubre y noviembre del año 2016, la República de Sudáfrica¹³⁰, la República de Burundi¹³¹ y la República de Gambia¹³² presentaron, por este orden cronológico y de conformidad con el artículo 127 del Estatuto, sus notificaciones en forma escrita al Secretario General de las Naciones Unidas¹³³. Cada una de estas denuncias responde a razonamientos muy distintos, condicionada, fundamentalmente, por el tipo de relación que ha mantenido cada uno de esos Estados con la Corte. En este contexto, las denuncias presentadas por Burundi y Gambia guardan una similitud formal, aunque también sustantiva, ya que se han utilizado como instrumentos para evitar la rendición de cuentas ante la Corte por la presunta comisión de crímenes de su competencia instigados por sus máximos líderes políticos. Por el contrario, la denuncia de Sudáfrica presume de un razonamiento que no encontramos en los dos casos anteriores, puesto que se fundamenta en la imposibilidad legal de seguir cumpliendo sus compromisos internacionales de forma simultánea por ser manifiestamente contrarios entre sí.

¹²⁷ Vid. AU, *African Union Assembly Decision*, “Decision on the International Criminal Court - Doc. EX.CL/1006(XXX)”, Twenty-Eighth Ordinary Session of the Assembly, 30-31 January 2017, Addis Ababa, Ethiopia, AU Doc. Assembly/AU/Draft/Dec.1(XXVIII)Rev.2, para. 8. Este párrafo octavo de la Decisión establece que la Asamblea de la UA: «ADOPTS the ICC Withdrawal Strategy along with its Annexes and CALLS on member states to consider implementing its recommendations».

¹²⁸ No obstante, cabe indicar que Malawi, Tanzania, Túnez y Zambia solicitaron más tiempo para estudiar la Estrategia de Retirada. Por su parte, Liberia había formulado una reserva a la adopción de este párrafo octavo de la Decisión de Retirada.

¹²⁹ AU Doc. Assembly/AU/Draft/Dec.1(XXVIII)Rev.2, p. 2, para. 6.

¹³⁰ UN Doc. C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10.

¹³¹ UN Doc. C.N.805.2016.TREATIES-XVIII.10.

¹³² UN Doc. C.N.862.2016.TREATIES-XVIII.10.

¹³³ Las notificaciones de denuncia fueron recibidas por el Secretario General el 19 de octubre de 2016 para Sudáfrica, el 27 de octubre de 2016 para Burundi y el 10 de noviembre de 2016 para Gambia.

Al exponer razonadamente los motivos de su denuncia, Sudáfrica contribuirá así a que en el futuro otras naciones con las mismas inquietudes puedan servirse de su experiencia con la Corte, y decidir así de forma informada sobre su retirada o permanencia en el Estatuto.

4.1. Burundi

Como ya se ha avanzado en las primeras páginas de este capítulo, Burundi depositó su Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma el 21 de septiembre de 2004¹³⁴, aunque su impronta respecto de la Corte se relaciona con ser el primer Estado Parte en retirarse del instrumento. Burundi denunció el Estatuto mediante la presentación de la correspondiente notificación de retirada el 27 de octubre de 2016, acción que conforme al artículo 127 se hizo efectiva el 27 de octubre de 2017, convirtiéndose así en el primer país en abandonar la Corte¹³⁵. Aunque, antes de la denuncia, el Parlamento de Burundi había votado a favor un plan de retirada del Estatuto el 12 de octubre de 2016¹³⁶, con lo cual podemos decir que se trata de una decisión que refleja la voluntad popular del país.

Según la teoría general que hemos visto, *a priori*, la denuncia de un tratado no debe plantear ningún problema, salvo que estemos ante una situación jurídica generada como consecuencia de la ejecución del mismo antes de su terminación para el Estado denunciante. Pues, en efecto, Burundi se encontraba precisamente en una situación similar.

El 25 de octubre de 2017, la Sala de Cuestiones Preliminares III de la Corte autorizó, siguiendo el mandado del artículo 15.3 del Estatuto de Roma, a la Fiscal la apertura de una investigación formal sobre la situación en Burundi, con efectos temporales para la competencia de la Corte desde el 26 de abril de 2015 hasta el

¹³⁴ El Estatuto de Roma entró en vigor para Burundi el 1 de diciembre de 2004.

¹³⁵ Depositary Notification Reference: C.N.805.2016.TREATIES-XVIII.10.

¹³⁶ ICC, Assembly of States Parties, "Statement of the President of the Assembly of States Parties on the process of withdrawal from the Rome Statute by Burundi", *Press Release*, 18 October 2016, ICC-CPI-20161014-PR1244.

26 de octubre de 2017¹³⁷. En este caso, la Sala se ha pronunciado favorablemente sobre el inicio de un procedimiento judicial para investigar la presunta comisión de crímenes cometidos en el territorio de Burundi o por sus ciudadanos fuera del país.

Ahora bien, en realidad, el Jefe de Estado de Burundi, el Presidente Pierre NKURUNZIZA, así como otros altos funcionarios del aparato estatal no querían que la Fiscalía procediera con la investigación, puesto que los podría situar entre los presuntos autores de tales crímenes. Es, por lo que, más tarde, Burundi denunció el Estatuto de Roma en el período en que transcurría el examen preliminar y antes de la apertura de la investigación¹³⁸. De ahí que, siguiendo el párrafo primero del artículo 70 de la CVDT, *ex ante* se había originado una situación obligacional que debe ser respetada, aun cuando el tratado denunciado se entiende por terminado para el Estado territorial.

Más concretamente, refiriéndonos a la Decisión de la Sala, ésta autorizó a la Fiscalía para proceder sobre *cualquier crimen* dentro de su competencia material que se haya cometido entre el 26 de abril de 2015 y el 26 de octubre de 2017¹³⁹ – siendo éste el día inmediatamente anterior a la entrada en vigor del Instrumento de Denuncia, momento a partir del cual la Corte ya no tendrá competencia *ratione temporis* para investigar otros crímenes de su jurisdicción. Aunque, conocedora de la denuncia ya presentada por ese país, la Sala de Cuestiones Preliminares III estableció que, a la luz de la naturaleza jurídica de determinados crímenes, a los que se conoce como *delitos continuados*, la Fiscalía estará autorizada para extender

¹³⁷ ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, Pre-Trial Chamber III, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”, 25 October 2017, ICC-01/17-X-9-US-Exp, Public Redacted Version of 9 November 2017, en especial paras. 192-194.

¹³⁸ El examen preliminar de la situación en Burundi fue anunciado el 25 de abril de 2016. Burundi experimentó una ola de violencia antes y después de las elecciones legislativas y presidenciales desde abril de 2015, incluido un golpe de estado fallido en mayo de 2015. Frente a las protestas y la violencia en curso, las elecciones parlamentarias se celebraron finalmente el 29 de junio de 2015, y las elecciones presidenciales tuvieron lugar el 21 de julio de 2015. Para mayor detalle, ICC, OTP, *Report on Preliminary Examination Activities*, 14 November 2016, paras. 36 y 39-52. En el período sobre el que se informa, el examen preliminar se había centrado en los presuntos crímenes de lesa humanidad de encarcelación, tortura, violación y otras formas de violencia sexual, así como casos de desapariciones forzadas y actos de persecución, presuntamente cometidos en Burundi desde abril de 2015.

¹³⁹ ICC-01/17-X-9-US-Exp, para. 191.

su jurisdicción sobre aquellas conductas perpetradas antes del 26 de abril de 2015 o después del 26 de octubre de 2017, si se cumplen ciertos requisitos legales; como los elementos contextuales en que fueron cometidos los crímenes, principalmente crímenes de lesa humanidad. Aunque, dejando la puerta abierta a cualquier otra conducta criminal del artículo 5 del Estatuto¹⁴⁰. Asimismo, procede subrayar que, conforme al artículo 29 de este instrumento, los crímenes de la competencia de la Corte no estarán sujetos a prescripción alguna¹⁴¹. Termina declarando la Sala que, como consecuencia, el *ejercicio* de la competencia de la Corte, como tal, no estará sujeto a ningún límite temporal¹⁴².

Por tanto, el ejercicio de la competencia de la Corte no está sujeto a ningún límite *ratione temporis*, salvo el que impondrá la entrada en vigor del Instrumento de Denuncia, a partir de cuando ésta retendrá su competencia material, personal y espacial sobre la situación *sub iudice*.

La denuncia, puesto que no se había dispuesto una fecha ulterior, entró en vigor al cumplirse el período de los doce meses estipulado por el párrafo primero del artículo 127. Resulta destacable que la Sala ha entrado a valorar esta cuestión, diciendo que: “a withdrawing State remains, for all intents and purposes, a State Party in the period between the communication of the notification of withdrawal and the end of the ensuing one-year interval.”¹⁴³ Como consecuencia de todo ello, y según lo afirmado por la Sala de Cuestiones Preliminares, la Corte podrá ejercer su competencia incluso después de que la denuncia entró en vigor para Burundi, siempre que la investigación o los enjuiciamientos penales estén relacionados con los crímenes presuntamente cometidos durante el tiempo en que ese país tuvo la condición de Parte en el Estatuto.

Entonces, la aceptación de la competencia de la Corte, de conformidad con el artículo 12, párrafos primero y segundo, del Estatuto de Roma, sobre todos los crímenes del artículo 5, hace que el Estado Parte “denunciante” esté formalmente obligado por el texto estatutario, desde la entrada en vigor particular hasta, como

¹⁴⁰ *Ibid.*, para. 192.

¹⁴¹ El Art. 29 del Estatuto establece: «Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.»

¹⁴² *Ibid.*, para. 24.

¹⁴³ *Ibid.*

mínimo, un año después de haberse producido la denuncia. Sobre la base de esta realidad, continúa argumentando la Sala esto otro:

«This acceptance of the *jurisdiction* of the Court remains unaffected by a withdrawal of the State Party from the Statute. Therefore, the Court retains jurisdiction over any crimes falling within its jurisdiction that may have been committed in Burundi or by nationals of Burundi up to and including 26 October 2017¹⁴⁴.»

A partir de esta fecha, Burundi no tendría la consideración de Parte en el Estatuto, lo cual significa, en primer lugar, que estará exento de la “obligación de seguir cumpliendo el tratado”, según establece el artículo 70.1 de la CVDT en su letra a), aunque conservando todas sus obligaciones estatutarias. Por ejemplo, Burundi no tendría ya la obligación de sufragar los gastos ordinarios de la Corte y de contribuir al presupuesto, aunque, a la luz del apartado segundo del artículo 127 del Estatuto, sí tendría que asumir “las obligaciones financieras que hubiere contraído” cuando tenía todavía la condición de Parte. Además, las obligaciones estatutarias que conservará serán las relativas a la obligación general de cooperar con la Corte y de asistirle judicialmente para garantizar el normal desarrollo de la investigación en curso y el eventual enjuiciamiento de los sujetos responsables.

La conclusión que acabamos de formular sobre el deber de cooperación de Burundi se ajusta perfectamente a la letra b) del referido artículo, en el sentido de que la terminación del Estatuto no afectará los derechos, obligaciones o situación jurídica de que se trate, creados antes de ese momento. Sobre esta disposición se ha pronunciado, igualmente, la Sala, afirmando que, al fin y al cabo, la eficacia del artículo 127.2 del Estatuto no es más que la traslación del principio contenido en la norma de la Convención de Viena al ámbito de la Corte¹⁴⁵. Es decir, la norma estatutaria hace eco del principio de continuidad consagrado por la Convención de Viena, con el objetivo de salvaguardar la seguridad jurídica de la investigación en curso.

En la práctica, el efecto buscado con la denuncia del Estatuto de Roma para evitar la acción de la Corte es el contrario. Esto es así porque la autorización para

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, para. 25.

el inicio de la investigación en Burundi es anterior en el tiempo, esto es, previa al 27 de octubre de 2017¹⁴⁶. Por lo que, antes de la denuncia presentada por Burundi la Corte ya se había declarado competente, reteniendo su jurisdicción sobre esta situación hasta que culmine con el enjuiciamiento de los presuntos responsables. Por tanto, afirma la Sala que, tras la entrada en vigor de su denuncia, la obligación de Burundi de cooperar con la Corte en relación con dicha investigación sigue en vigor mientras dure la misma y abarcaría todos los procedimientos resultantes¹⁴⁷.

Como muy bien señala la Sala en su exposición jurídica, la competencia de la Corte, antes de la entrada en vigor de la denuncia, debe determinarse a la luz del párrafo primero del artículo 127 del Estatuto. Por lo tanto, es el período de un año, u otro mayor, el que determina exactamente hasta cuándo la misma podrá ejercer su competencia, quedando el Estado denunciante condicionado en todas sus actuaciones por el Estatuto mientras dure el período de un año. Dicho de otro modo, durante el intervalo comprendido entre la presentación de la notificación de denuncia por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas y el término del año natural, u otro subsiguiente, Burundi ostentaba la condición de Parte en el Estatuto de Roma a todos los efectos jurídicos.

En definitiva, la CPI podrá ejercer su competencia sobre todos los crímenes del artículo 5 cometidos en el territorio de Burundi o por sus nacionales desde el 1 de diciembre de 2004 hasta el 26 de octubre de 2017, esto es, durante un período cuyo inicio comienza en el momento de la entrada en vigor particular del Estatuto para ese Estado, y se extiende hasta un año después de la notificación de retirada del tratado. No obstante, aun cuando dicho Estado estará jurídicamente obligado a cooperar con aquélla, cabe pensar que sería bastante complicado para la Fiscalía obtener la asistencia necesaria en el marco de las investigaciones, dada la reacción que ha tenido dicho país a la actuación de la Corte y que ha motivado su decisión de retirarse.

¹⁴⁶ *Ibid.*, para. 26.

¹⁴⁷ *Ibid.*

4.2. Gambia

Por lo que se refiere a la notificación de denuncia de Gambia del Estatuto de Roma, al igual que la de Burundi, ésta tuvo por objeto la de evitar la acción de la justicia penal internacional para sus agentes y más altos funcionarios, incluido su Jefe de Estado, el Presidente Yahya JAMMEH, en activo desde el 22 de julio de 1994, a raíz de un golpe de Estado militar, hasta el 19 de enero de 2017¹⁴⁸.

No obstante, las diferencias con el caso de Burundi son sustanciales, dado que Gambia nunca ha tenido un examen preliminar ni una investigación abiertas ante la Corte, por lo que no podemos hablar, formalmente, de la creación de una situación jurídica previa a la notificación de denuncia. Más bien, se trataría de un acto *pro futuro*, con el fin de evitar que la Corte entrase a conocer la situación que atravesaba el país en materia de observancia y respeto de los derechos humanos. De ahí que, si Burundi quedó en la historia como el primero de los Estados Partes en abandonar la Corte, por el contrario, Gambia tomaría la decisión histórica de revocar su decisión de retirada y permanecer como Parte en el Estatuto de Roma.

En realidad, lo que sucedió es que el nuevo Presidente de Gambia, Adama BARROW, tomó la decisión de revertir la notificación de retirada de su predecesor, el Presidente JAMMEH, quien temía potencialmente un examen preliminar sobre la situación que se daba en el país¹⁴⁹. En palabras de SSENYONJO, “[i]ts withdrawal

¹⁴⁸ No obstante, la fecha exacta del término de su mandato está disputada porque el mismo debió terminar el 19 de enero de 2017, fecha en la que el nuevo Presidente del país Adama BARROW juró su cargo. No obstante, Yahya JAMMEH se había negado a abandonar el poder hasta el 21 de enero de 2017, cuando tuvo que dimitir después de una intervención militar regional, conocida como la *Operación Restauración de la Democracia*. De ahí que, se considera que entre el 19 y el 21 de enero ejerció como Presidente *de facto*, mientras que Adama BARROW ya ostentaba constitucionalmente la presidencia del país. En efecto, Gambia firmó el Estatuto de Roma el 7 de diciembre de 1998 y depositó su Instrumento de Ratificación el 28 de junio de 2002 [UN Doc. C.N.690.2002.TREATIES-29].

¹⁴⁹ HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report*, Gambia, 2016, afirmando que: «The government of President Yahya Jammeh, in power since a 1994 coup, frequently committed serious human rights violations including arbitrary detention, enforced disappearance, and torture against those who voiced opposition to the government. The repression and abuses created a climate of fear within Gambia, generating increased attention from the international community.» Véase también AU, African Commission on Human and Peoples' Rights, *Resolution on the Human Rights Situation in the Republic of The Gambia*, Resolution No. ACHPR/Res. Doc. 134(XXXIV)2008 adopted at its 44th Ordinary Session held in Abuja, Nigeria, from 10 to 24 November 2008; ACHPR, *Resolution on the Deteriorating Human Rights Situation in the Republic of The Gambia*, Resolution No. ACHPR/Res.

notification was a clear manifestation of its unwillingness to be subjected to a possible ICC investigation.¹⁵⁰

Partiendo de esta realidad, Gambia presentó su Instrumento de Denuncia el 10 de noviembre de 2016¹⁵¹ y la misma debió hacerse efectiva un año más tarde, esto es, el 10 de noviembre de 2017, conforme al párrafo primero del artículo 127. Sin embargo, al igual que ocurrió con Sudáfrica, Gambia rescindió su notificación cuando el nuevo Presidente de ese país, elegido en diciembre de 2016¹⁵², anuló la decisión de su predecesor, manifestando que Gambia permanecería como Estado Parte en el Estatuto y declarando su compromiso de acabar con la impunidad de los autores de los más graves crímenes internacionales¹⁵³. De esta manera, el texto de la nueva notificación se depositó el 10 de febrero de 2017¹⁵⁴, dejando sin efectos la notificación de denuncia y dando como argumento del nuevo criterio el cambio de Gobierno que se había producido en la República de Gambia:

«After a thorough review of the circumstances surrounding that decision, the new Government of the Republic of The Gambia hereby notifies you of **its decision to rescind that notification of withdrawal with immediate effect**.

The Republic of The Gambia still considers itself as a state party and will continue to honour its obligations under the Rome Statute¹⁵⁵.»

Aun cuando las denuncias del Estatuto de Roma por Burundi, Gambia y Sudáfrica obedecen a razones distintas, la denuncia y la consiguiente rescisión de la retirada por parte de Gambia es la primera de su clase; pues, es la primera vez que un Estado Parte, después de haber denunciado el instrumento estatutario, se

Doc. 145(VII)2009 adopted at the meeting at its 7th Extraordinary Session in Dakar, Senegal, from 5 to 11 October 2009. Asimismo, puede verse la *Resolución del Parlamento Europeo sobre Gambia*, de 11 de mayo de 2016 [2016/2693(RSP)].

¹⁵⁰ SSENYONJO, M., "State withdrawal notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia", *op. cit.*, p. 71.

¹⁵¹ UN Doc. C.N.862.2016.TREATIES-XVIII.10.

¹⁵² Una vez presentada, por tanto, la notificación de retirada del Estatuto al Secretario General de las Naciones Unidas.

¹⁵³ Esta intención queda reflejada en varios artículos de prensa, entre los que se pueden consultar: CHAM, K., "The Gambia's new president to 'reverse ICC withdrawal'", *The East African*, 6 December 2016; MOGENI, L., "Gambia May Not Join Other African States in ICC Withdrawal", *The Wire*, 9 December 2016; SAINE, P. y JAHATEH, L., "Gambia announces plans to stay in International Criminal Court", *Reuters*, 13 February 2017.

¹⁵⁴ UN Doc. C.N.62.2017.TREATIES-XVIII.10.

¹⁵⁵ *Ibid.* Énfasis añadido.

retracta de su decisión. Se trata, en definitiva, de una decisión soberana permitida por el Derecho de los Tratados; la de revocar una notificación antes de que surta plenos efectos jurídicos¹⁵⁶.

4.3. Sudáfrica

Sobre la denuncia del Estatuto de Roma por Sudáfrica, a diferencia de los supuestos que hemos presentado en los puntos primero y segundo, este caso se caracteriza por fundamentarse en argumentos de orden jurídico¹⁵⁷, una vez que el Estado había manifestado sus dificultades para implementar las solicitudes de cooperación adoptadas por la Corte en el marco del deber general de cooperación de todo Estado. Así, debemos realizar una exposición ordenada y cronológica de los hechos, con el fin de comprender mejor el alcance de la denuncia de este país.

En un primer momento, la República de Sudáfrica se adhirió al Estatuto, siendo uno de los primeros signatarios del mismo¹⁵⁸, mediante su ratificación de fecha 27 de noviembre de 2000, esto es, *después* de haber recabado la preceptiva aprobación parlamentaria para llevar a cabo tal acto en la esfera internacional¹⁵⁹.

¹⁵⁶ CDI, Segundo informe de Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1963, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/156 y Add.1-3, p. 100, para. 5.

¹⁵⁷ Entre las múltiples razones señaladas por Sudáfrica para proceder con la denuncia del Estatuto de Roma y, en consecuencia, con su retirada del instrumento, nos parece relevante detenernos en el punto siguiente: «In 2015, South Africa found itself in the unenviable position where it was faced with conflicting international law obligations which had to be interpreted within the realm of hard diplomatic realities and overlapping mandates when South Africa hosted the 30th Ordinary Session of the Permanent Representatives Committee, the 27th Ordinary Session of the Executive Council and the 25th Ordinary Session of the Assembly of the African Union ('the AU Summit'), from 7 to 15 June 2015. South Africa was faced with the conflicting obligation to arrest President Al Bashir under the Rome Statute, the obligation to the AU to grant immunity in terms of the Host Agreement, and the General Convention on the Privileges and Immunities of the Organization of African Unity of 1965 as well as the obligation under customary international law which recognises the immunity of sitting heads of state.» [UN Doc. C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10].

¹⁵⁸ Efectivamente, Sudáfrica firmó el Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998, el mismo día en que se abrió por primera vez para su firma por los Estados contratantes que estuvieron presentes en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

¹⁵⁹ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 231(2), señala que: «An international agreement binds the Republic only after it has been approved by resolution in both the National Assembly and the National Council of Provinces, unless it is an agreement referred to in subsection (3)». Sobre dicho artículo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, véase: Constitutional Court of South Africa, *Glenister v. President of the Republic of South Africa and*

El compromiso de Sudáfrica con el Estatuto era tal, que incluso fue el primer país africano en integrar y transponer sus disposiciones al ámbito de su ordenamiento jurídico mediante la adopción de una ley interna, denominada *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 27 of 2002*¹⁶⁰. Esto es así, ya que, según el sistema constitucional sudafricano, se requiere la acción legislativa del Parlamento nacional antes de que un acuerdo internacional pueda obligar al país en el ámbito internacional¹⁶¹.

Teniendo en cuenta esta exigencia constitucional, el 19 de octubre de 2016, Sudáfrica presentó su notificación de retirada del Estatuto ante el depositario de éste, aunque sin haber consultado *previamente* su Parlamento, siguiendo el mismo procedimiento que para la adhesión¹⁶². Por analogía, tanto la ratificación como la denuncia de un tratado internacional deben seguir el procedimiento del artículo 231, párrafo segundo, de la Constitución de Sudáfrica, algo que se había obviado en el presente caso. De este modo, el instrumento de denuncia se debería de haber presentado al Secretario General de las Naciones Unidas después de que “it has been approved by resolution in both the National Assembly and the National Council of Provinces”, como ordena la Constitución sudafricana¹⁶³. No obstante, la denuncia se había presentado como un acto unilateral del Ministro de Asuntos

Others (CCT 48/10) [2011] ZACC 6, paras. 89-90: «§89. The constitutional scheme of section 231 is deeply rooted in the separation of powers, in particular the checks and balances between the executive and the legislature. It contemplates three legal steps that may be taken in relation to an international agreement, with each step producing different legal consequences. First, it assigns to the national executive the authority to negotiate and sign international agreements. But an international agreement signed by the executive does not automatically bind the Republic unless it is an agreement of a technical, administrative or executive nature. To produce that result, it requires, second, the approval by resolution of Parliament. §90. The approval of an agreement by Parliament does not, however, make it law in the Republic unless it is a self-executing agreement that has been approved by Parliament, which becomes law in the Republic upon such approval unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament. Otherwise, and third, an “international agreement becomes law in the Republic when it is enacted into law by national legislation.”»

¹⁶⁰ *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 27 of 2002*, 12 July 2002.

¹⁶¹ Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 231(4): «Any international agreement becomes law in the Republic when it is enacted into law by national legislation; but a self-executing provision of an agreement that has been approved by Parliament is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament.» Vid. Constitutional Court of South Africa, *National Commissioner of The South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another* (CCT 02/14) [2014] ZACC 30.

¹⁶² Constitution of the Republic of South Africa 1996, Section 231(2).

¹⁶³ *Ibid.*

Exteriores y de Cooperación al Secretario General¹⁶⁴. Además, esta actuación por parte del Gobierno sudafricano supuso la necesidad de revocar la ley nacional de transposición del Estatuto de Roma, lo cual se hizo acto seguido por un proyecto de ley parlamentaria, a través de la cual se derogó la citada *Implementation Act*¹⁶⁵.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Estatuto de Roma, en ausencia de una revocación explícita de la notificación de denuncia presentada en primer lugar por Sudáfrica, la misma debió surtir efectos un año después, esto es, el 19 de octubre de 2017. Aunque, cabe destacar que la notificación de retirada de Sudáfrica fue revocada posteriormente, el 7 de marzo de 2017, con el objeto de dar cumplimiento a la sentencia de la *High Court of South Africa*, que había dejado dicha notificación sin efectos, declarándola “inconstitucional e inválida”, ya que, como dijimos, fue adoptada unilateralmente por el Gobierno del país y sin contar con la preceptiva aprobación parlamentaria¹⁶⁶. Según el Tribunal, considerando las cuestiones sobre el fondo del asunto, la entrega de la notificación de denuncia por parte del Gobierno de Jacob ZUMA, sin consultar previamente al Parlamento, fue prematura y procesalmente irracional. Pues, la denuncia del Estatuto supuso una violación de las obligaciones para Sudáfrica según su propia Constitución¹⁶⁷.

Cabe señalar que, de conformidad con el párrafo segundo de este artículo, Sudáfrica no estaba exenta del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del Estatuto de Roma mientras ostentaba la condición de Estado Parte, hasta la fecha. Aunque, en el contexto de la situación en Darfur, a partir de la cual aparece la idea en el ámbito de Sudáfrica de denunciar el Estatuto, la Corte había adoptado dos órdenes de detención y entrega contra el Presidente del Sudán en aquel entonces; la primera, el 4 de marzo de 2009, y la segunda, el 12 de julio de

¹⁶⁴ UN Doc. C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10.

¹⁶⁵ *Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act Repeal Bill*, publicada en Government Gazette No. 40403 of 3 November 2016.

¹⁶⁶ Véase High Court of South Africa, *Democratic Alliance v. Minister of International Relations and Cooperation and Others*, Case No. 83145/2016 of 22 February 2017. Además, desde el punto de vista doctrinal, puede consultarse la contribución de TLADI, D., “Interpretation and international law in South African courts: The Supreme Court of Appeal and the Al Bashir saga”, *African Human Rights Law Journal*, Vol. 16, 2016, pp. 310-338.

¹⁶⁷ High Court of South Africa, *Democratic Alliance v. Minister of International Relations...*, *op. cit.*, para. 71.

2010¹⁶⁸. Como Estado Parte en el Estatuto, a la República de Sudáfrica le fueron notificadas las órdenes de detención y entrega que pesaban contra el Sr. *Omar Al Bashir*, requiriendo a las autoridades sudafricanas que lo detuvieran y entregaran a la Corte para la confirmación de sus cargos por el genocidio cometido en Darfur en 2005.

Lo cierto es que el ex Presidente *Al Bashir* había viajado sin impedimentos a varios Estados Partes, que tenían la obligación de arrestarlo de inmediato. El 28 de mayo de 2015, con arreglo a las dos órdenes de detención y entrega, y sobre la base de una información difundida ampliamente por los medios sobre un posible viaje de *Omar Al Bashir* a Sudáfrica para asistir a la cumbre de la Unión Africana, prevista del 7 al 15 de junio de 2015, la Secretaría de la Corte había notificado a las autoridades sudafricanas competentes la solicitud de cooperación, exigiendo a Sudáfrica que: i) detenga y entregue al Presidente a la Corte si el mismo entrase en el territorio de Sudáfrica, de conformidad con los artículos 86 y 89 del Estatuto; y, en caso de que surgiera cualquier problema que impida la ejecución de la orden de cooperación, ii) inicie consultas con la Corte sobre este asunto para resolverlo.

Sin embargo, a pesar de esta petición clara, expresa y precisa, Sudáfrica no arrestó al Presidente *Al Bashir* ni tampoco lo entregó, a pesar de que éste estuvo en su territorio entre los días 13 y 15 de junio de 2015. En consecuencia, Sudáfrica había incumplido su compromiso con la Corte, al no proceder con la solicitud de cooperación, amparándose en la inmunidad diplomática de los Jefes de Estado asistentes a la cumbre de la Unión Africana¹⁶⁹. Para hacer frente a esta situación, Sudáfrica recurrió al mecanismo de consultas disponible para los Estados Partes según el artículo 97 del Estatuto de Roma, siendo el primer Estado en hacerlo¹⁷⁰.

¹⁶⁸ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, "Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir", 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-1; "Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir", 12 July 2010, ICC-02/05-01/09-95.

¹⁶⁹ Véanse, entre otras, las siguientes contribuciones sobre la inmunidad del ex Presidente *Omar Al Bashir*: GAETA, P., "The ICC Changes Its Mind on the Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again", *Opinio Juris*, 23 April 2014; KNOTTNERUS, A., "The Immunity of al-Bashir: The Latest Turn in the Jurisprudence of the ICC", *EJIL: Talk!*, 15 November 2017. Para la cuestión de la inmunidad jurisdiccional, en términos generales, nos remitimos específicamente al Capítulo II de esta tesis doctoral.

¹⁷⁰ Sudáfrica se mostró crítica con respecto al proceso, o mejor dicho la falta del mismo, mediante el cual se encauzan las actuaciones para llevar a cabo las consultas con la Corte, a las que se refiere el mencionado Art. 97 del Estatuto. Dice que no existen procedimientos para orientar las consultas

Asimismo, hay que tener en cuenta que, si un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, “ésta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.”¹⁷¹ He aquí es donde conviene exponer brevemente las actuaciones judiciales de la Corte que culminaron con la constatación del incumplimiento por este Estado denunciante.

Esta disposición nos lleva al punto de exponer cuál ha sido la respuesta de la Corte ante el incumplimiento de Sudáfrica¹⁷². Sobre la base del artículo 87.7 del Estatuto de Roma y el artículo 109 del *Reglamento de la Corte*¹⁷³, el 4 de septiembre de 2015, la Sala de Cuestiones Preliminares II consideró que tales hechos debían suponer la apertura del procedimiento al que alude el primero de los artículos, en el sentido de requerir a las autoridades competentes para que presentaran sus argumentos y opiniones sobre la visita de *Omar Al Bashir* a la cumbre de la Unión

del Art. 97, y que el mecanismo, en todo caso, debió ser de carácter diplomático. Como resultado de la falta de claridad en el Estatuto y en las Reglas de Procedimiento y Prueba, según Sudáfrica, su contacto con la Corte no le permitió ejercer su derecho “fundamental” a ser escuchada. Véase *Declaratory statement by the Republic of South Africa on the decision to withdraw from the Rome Statute of the International Criminal Court*, UN Doc. C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10, p. 2.

¹⁷¹ En virtud del Art. 87.7 del Estatuto de Roma: «Cuando, en contravención de lo dispuesto en el presente Estatuto, un Estado Parte se niegue a dar curso a una solicitud de cooperación formulada por la Corte, impidiéndole ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con el presente Estatuto, ésta podrá hacer una constatación en ese sentido y remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.»

¹⁷² En el mismo sentido, el 11 de diciembre de 2017, la SCP II de la CPI, actuando de conformidad con el Art. 87.7 del Estatuto de Roma, emitió una decisión —a semejanza a la de Sudáfrica— sobre el incumplimiento del Reino Hachemita de Jordania de la orden de detención y entrega de *Omar Al Bashir* cuando el mismo se encontraba de visita en el país para participar en la 28ª Cumbre de la Liga Árabe en Amman el 29 de marzo de 2017. En la nota verbal remitida a la Corte, Jordania argumentaba fundamentalmente que: «President Omar Al Bashir enjoys sovereign immunity as a sitting Head of State under the rules of customary international law» y que “that immunity had not been waived by Sudan nor by the Security Council of the United Nations in its resolution 1593(2005).» Vid. ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir”, 11 December 2017, ICC-02/05-01/09-309, para. 7. Después, Jordania impugnó el Auto de la Corte donde se constata el incumplimiento del país, al no detener y entregar a *Omar Al Bashir*. Los argumentos esgrimidos por Jordania son que no es que no haya querido cooperar, sino que no ha podido hacerlo porque el ex Presidente del Sudán gozaba de inmunidad en virtud del Derecho Internacional consuetudinario. La Sentencia de la Sala de Apelaciones puede consultarse en ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, “Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal”, 6 May 2019, ICC-02/05-01/09OA2.

¹⁷³ Regulation 109 (*Failure to comply with a request for cooperation*). Vid. ICC, *Regulations of the Court*, ICC-BD/01-05-16, p. 49. El Reglamento se adoptó por los magistrados de la Corte el 26 de mayo de 2004 y fue modificado por última vez el 12 de noviembre de 2018 [las modificaciones entraron en vigor el 15 de noviembre de 2018].

Africana, celebrada en Johannesburgo los días 13, 14 y 15 de junio de 2015¹⁷⁴. A raíz de esta decisión de la Corte, Sudáfrica presentó tres informes sobre la marcha de los procedimientos judiciales internos en curso, ante sus tribunales nacionales, los días 21¹⁷⁵ y 24¹⁷⁶ de diciembre de 2015, y el 4 de mayo de 2016¹⁷⁷.

En consecuencia, el 8 de diciembre de 2016, la Sala adoptó la decisión de convocar al país a una audiencia pública, con el objeto de determinar su posible incumplimiento de las normas relevantes del Estatuto de Roma y, dado el caso, remitir la cuestión a la Asamblea de los Estados Partes y al Consejo de Seguridad, como promotor de la situación en Darfur¹⁷⁸. En virtud de ello, los representantes de Sudáfrica comparecieron ante la Corte el 7 de abril de 2017, cuando se celebró dicha audiencia¹⁷⁹, a los efectos de esclarecer el incumplimiento de la solicitud de detención y entrega de *Omar Al Bashir*.

Finalmente, el 6 de julio de 2017 —cuando, recordemos, la notificación de denuncia de Sudáfrica fue revocada el 7 de marzo de 2017—, la Sala falló que, en efecto, el Estado Parte había incumplido “its obligations under the Statute by not executing the Court’s request for the arrest of Omar Al-Bashir and his surrender to the Court while he was on South African territory between 13 and 15 June 2015”¹⁸⁰. No obstante, finalmente, la Sala decidió no remitir tal incumplimiento a

¹⁷⁴ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Order requesting submissions from the Republic of South Africa for the purposes of proceedings under article 87(7) of the Rome Statute”, 4 September 2015, ICC-02/05-01/09-247.

¹⁷⁵ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision on the request of the Republic of South Africa for an extension of the time limit for submitting their views for the purposes of proceedings under article 87(7) of the Rome Statute of 15 October 2015 (ICC-02/05-01/09)”, 21 December 2015, ICC-02/05-01/09-256 y ICC-02/05-01/09-256-Anx.

¹⁷⁶ ICC-02/05-02/09-257.

¹⁷⁷ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision on the request of the Republic of South Africa for an extension of the time limit for submitting their views for the purposes of proceedings under article 87(7) of the Rome Statute of 15 October 2015 (ICC-02/05-01/09)”, 4 May 2016, ICC-02/05-01/09-258 y ICC-02/05-01/09-258-Anx.

¹⁷⁸ Respecto de la Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005 [UN Doc. S/RES/1593 (2005)], el Consejo de Seguridad, como órgano que remitió la situación en Darfur a la Fiscalía de la Corte, tiene un papel destacable que no ha sabido explorar al máximo para garantizar la observancia de las órdenes de detención y entrega dictadas contra el ex Presidente *Omar Al Bashir*, haciendo así posible la rendición de cuentas internacional por la comisión de los crímenes que se le atribuyen.

¹⁷⁹ ICC-02/05-01/09-T-2-ENG.

¹⁸⁰ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir”, 6 July 2017, ICC-02/05-01/09-302, para. 123.

la Asamblea de los Estados Partes ni al Consejo de Seguridad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente caso¹⁸¹.

A los efectos de este epígrafe, cabe señalar que este procedimiento fue el detonante para la retirada de Sudáfrica del sistema del Estatuto, que, a diferencia de los casos anteriores, no tiene como tal abierta ninguna situación ante la Corte. Se trataba de una situación de dificultad jurídica transitoria que ha sido superada con la última resolución de la *Gauteng High Court of the Republic of South Africa*, en el sentido de dictaminar que el Instrumento de Denuncia del Estatuto de Roma, firmado por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación el 19 de octubre de 2016, es “inconstitucional e inválido” porque adolecía de la previa aprobación parlamentaria¹⁸². En consecuencia, Sudáfrica ha revocado su decisión de retirarse de la Corte con efectos inmediatos, refiriéndose expresamente en una notificación presentada al Secretario General al fallo judicial de la *High Court* para motivar su decisión, permaneciendo en la actualidad en el Estatuto de Roma.

4.4. Filipinas

Por último, en una primera aproximación, por lo que se refiere a la entrada en vigor del Estatuto de Roma para Filipinas, este momento se sitúa a partir del 1 de noviembre de 2011, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 126, dado que el país había depositado su Instrumento de Ratificación el 30 de agosto de 2011, habiendo firmado el Estatuto el 28 de diciembre de 2000¹⁸³. Por tanto, la Corte puede ejercer su jurisdicción sobre los crímenes del artículo 5 cometidos en el territorio de Filipinas o por sus nacionales desde el 1 de noviembre de 2011, en adelante.

Como afirmamos en la parte inicial de este capítulo, la Corte se caracteriza por ser una Institución internacional de *carácter permanente*, dotada de un sistema

¹⁸¹ *Ibid.*, paras. 139-140.

¹⁸² High Court of South Africa, *Democratic Alliance v. Minister of International Relations...*, *op. cit.*, para. 84.

¹⁸³ UN Doc. C.N.530.2011.TREATIES-3.

institucional propio y estable. Precisamente, ese carácter permanente implica que su competencia general — *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* y *loci* — estará predeterminada por el Estatuto de Roma y será obligatoria para el Estado Parte denunciante a partir de la entrada en vigor particular para el mismo.

Desde su adhesión al sistema del Estatuto de Roma, Filipinas no ha tenido una relación problemática con la Corte, hasta que la Fiscalía de ésta decidió abrir un examen preliminar el 8 de febrero de 2018 para analizar la presunta comisión de crímenes perpetrados en el territorio de este Estado Parte, al menos desde el 1 de julio de 2016, en el marco de la campaña “la guerra contra las drogas” lanzada por el Gobierno de Filipinas¹⁸⁴. Específicamente, se ha alegado que, a partir del 1 de julio de 2016, miles de personas han sido ejecutadas por motivos relacionados con su supuesta participación en el uso o tráfico de drogas ilícitas. Si bien algunos de estos asesinatos se han producido en el contexto de los enfrentamientos entre pandillas o dentro de ellas, lo cierto es que se alega que muchos de los incidentes denunciados implicaron ejecuciones extrajudiciales en el curso de las conocidas como “operaciones policiales antidrogas”¹⁸⁵.

En lo que concierne a la denuncia del Estatuto de Roma, el 17 de marzo de 2018, en virtud del artículo 127 anterior, la República de Filipinas ha denunciado formalmente el mismo, notificando por escrito su decisión de retirada del sistema al Secretario General de las Naciones Unidas¹⁸⁶. La noticia de la denuncia ha sido trasladada posteriormente por los conductos oficiales a la propia Corte, con fecha

¹⁸⁴ Véase la *Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la apertura de exámenes preliminares en Filipinas y Venezuela*, de 8 de febrero de 2018, en la que se dice que: «El examen preliminar sobre la situación en Filipinas analizará crímenes presuntamente cometidos en este Estado Parte al menos desde el 1º de julio de 2016, en el marco de la campaña denominada “la guerra contra las drogas” lanzada por el Gobierno de Filipinas. Específicamente, se ha alegado que desde el 1º de julio de 2016, se han asesinado a miles de personas por razones relacionadas con su presunto involucramiento en el uso o tráfico ilegal de drogas. Aunque algunos de estos asesinatos según los informes han ocurrido en el marco de conflictos entre pandillas o en el seno de esos mismos grupos, se alega que muchos de los incidentes reportados involucraron ejecuciones extrajudiciales cometidas en el curso de operaciones policiales antidrogas.»

¹⁸⁵ Para mayor información sobre la situación en Filipinas, en el contexto de la conocida como la “guerra contra las drogas”, véase el informe elaborado por HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report*, Philippines, 2019.

¹⁸⁶ UN Doc. C.N.138.2018.TREATIES-XVIII.10.

19 de marzo de 2018¹⁸⁷. Siguiendo el criterio temporal general de un año, la acción de retirada entró en vigor para Filipinas el 17 de marzo de 2019, lo cual convirtió al país en el segundo Estado Parte en abandonar definitivamente el sistema de la Corte, tras la retirada de Burundi. Aunque, el momento crítico debemos situarlo en la apertura del examen preliminar anterior a la denuncia, siendo éste relevante para la competencia de la Corte respecto del procedimiento *sub iudice*.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Corte, afirmando que la decisión de un Estado Parte de retirarse del Estatuto es una decisión soberana, sujeta a las disposiciones relevantes del artículo 127 del instrumento¹⁸⁸, de la misma forma a la que lo hemos puesto de manifiesto a lo largo de este capítulo. Además, la Corte destacó lo siguiente: “[a] withdrawal has no impact on on-going proceedings or any matter which was already under consideration by the Court prior to the date on which the withdrawal became effective; nor on the status of any judge already serving at the Court.”¹⁸⁹ Esta última frase es una alusión directa a la situación del magistrado propuesto por el Estado denunciante, Sr. Raul CANO PANGALANGAN, cuya situación comentamos a la hora de pronunciarnos sobre los efectos jurídicos derivados del acto de denuncia. Sobre este último particular, la Corte arroja luz sobre la suerte de cualquier magistrado que tenga la nacionalidad de un Estado denunciante, en el sentido de que su estatus jurídico será preservado, de tal modo que continuará desempeñando sus funciones estatutarias hasta la terminación de su mandato.

La notificación de denuncia presentada por Filipinas guarda un parecido con la propia de Burundi, ya que los dos países se encontraban en fase de examen preliminar, e incluso este último en fase de investigación, a la hora de presentar por escrito las denuncias. Ello es indicativo de que la verdadera razón que motiva la retirada del Estatuto de Roma debería buscarse en la intencionalidad de ambos países de evitar la acción de la Corte. Aunque, afortunadamente, los redactores del Estatuto han sido precavidos a la hora de prever la continuidad de cualquier

¹⁸⁷ ICC, “Statement on The Philippines’ notice of withdrawal: State participation in Rome Statute system essential to international rule of law”, *Press Release*, 20 March 2018, ICC-CPI-20180320-PR1371.

¹⁸⁸ ICC-CPI-20180320-PR1371.

¹⁸⁹ *Ibid.*

procedimiento en curso, iniciado antes de que la denuncia surta efectos. Hay que decir, no obstante, que la misma solución se habría alcanzado con el recurso a lo manifestado por la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de la que el artículo 127 del Estatuto de Roma es un fiel reflejo. De ahí que, en estos supuestos, la denuncia sirve a los efectos de determinar el momento final de la competencia *ratione temporis* de la Corte, pero en ningún caso precluye la andadura de su labor jurisdiccional.

Si bien lo cierto es que la denuncia de Filipinas no supone la terminación de la situación jurídica ya creada, sí que puede dificultar el normal desarrollo del proceso judicial, en el sentido de que tanto la Fiscalía como, en su caso, la Sala de Cuestiones Preliminares necesitarían de la cooperación y colaboración del Estado territorial para llevar a buen término la investigación y el eventual enjuiciamiento de los máximos responsables.

A modo de recapitulación, una vez presentados los cuatro supuestos de denuncia formal del Estatuto de Roma, cabe concluir que, entre ellos, los que sí representan un verdadero interés para la competencia de la Corte son los casos de Burundi, por encontrarse este país en una situación de investigación; y el caso de Filipinas, por encontrarse en fase de examen preliminar. Como hemos podido corroborar, la denuncia no obstará a la cooperación con la Corte en el contexto de las investigaciones y los enjuiciamientos penales en relación con los cuales el Estado denunciante, ahora tercero, esté obligado a cooperar, por haberse iniciado la situación antes de la fecha en que la denuncia surta efectos jurídicos. Fuera de dichos casos, la denuncia de Sudáfrica no deja de ser un supuesto anecdótico que puso de relieve cuán importante es la cooperación judicial de las jurisdicciones penales nacionales respecto de la actividad jurisdiccional de la Corte, además de haber dado lugar a un rico debate doctrinal y jurisprudencial sobre la efectividad de las inmunidades de jurisdicción de las que se benefician los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno mientras dure su mandato.

TERCERA PARTE

**LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON ESTADOS NO
PARTES DEL ESTATUTO POR REMISIONES DEL
CONSEJO DE SEGURIDAD**

CAPÍTULO V

LAS REMISIONES A LA CORTE POR PARTE DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA DE NACIONES UNIDAS COMO MARCO JURÍDICO DE LEGITIMACIÓN

El presente capítulo abre la tercera y última parte de nuestra tesis doctoral, a través del cual tendremos la oportunidad de estudiar la competencia de la Corte con respecto a aquellos Estados que no son Parte en el Estatuto de Roma, cuando interviene el Consejo de Seguridad. Más concretamente, el objeto de estudio del Capítulo V consiste en establecer el marco jurídico y teórico de las remisiones del Consejo de Seguridad, como órgano legitimado por el artículo 13 b) del Estatuto de Roma para remitir una situación a la Fiscalía de la Corte. Para esta finalidad, será imprescindible un análisis de los preceptos relevantes del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puesto que el artículo 13 del Estatuto, en su párrafo b), tan sólo se limita a reconocer el poder que confirieron los redactores al órgano político de las Naciones Unidas, en términos de legitimación activa, aunque nada dice sobre el fundamento jurídico que hace factible tal intervención, limitándose a mencionar el Capítulo VII. Sobre esta última cuestión debemos acudir al tratado constitutivo de la Organización, es decir, a la Carta. Pues, en el cumplimiento de la misión confiada por la Carta al Consejo de Seguridad para mantener la paz y la seguridad internacionales, haremos especial hincapié en la actitud selectiva de este órgano político a la hora de decidir qué situaciones deberán ser remitidas a la Fiscalía de la Corte y qué otras no son merecedoras de emprender este camino.

En consecuencia, la introducción de esta Tercera Parte en el trabajo resulta necesaria, en la medida en que se refiere, con carácter preferente, a uno de los tres mecanismos de activación de la competencia de la Corte que el Estatuto de Roma reconoce en su artículo 13, y a los cuales hemos hecho referencia en el Capítulo I. Además, hay que tener en cuenta que, después de haber expuesto la competencia de la Corte en la Segunda Parte de esta tesis respecto de los nacionales de Estados

terceros activada por un Estado Parte o bien por el Fiscal, en este preciso instante resulta más que justificada la necesidad de abordar con detenimiento la cuestión que atañe al Consejo de Seguridad.

I. EL MARCO GENERAL SOBRE LA REMISIÓN DE SITUACIONES EX ARTÍCULO 13 B) DEL ESTATUTO DE ROMA

El presente epígrafe tiene por objeto destacar las relaciones institucionales que se vienen produciendo entre el Consejo de Seguridad, como órgano principal encargado del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y la Corte Penal Internacional, como órgano judicial encargado de poner fin a la impunidad de los autores de los más graves crímenes internacionales, los que, por su propia entidad y gravedad, constituyen una amenaza real para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad¹.

La relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte representa una de las cuestiones más candentes que sobresalieron en la etapa preparatoria del Estatuto de Roma, y que reaparecieron durante el transcurso de la *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*². De esta manera, cabe indicar que dos grandes fracciones trabajaron en aquel entonces para establecer su posición sobre cómo debería ser la relación entre dichos órganos y sus respectivos mandatos, llegando a adoptar, finalmente, tres manifestaciones de intervención muy diferentes, confirmando el *locus standi* del Consejo para iniciar procedimientos ante la Corte. Como resultado, se gestó la relación operacional más fundamental entre ambos órganos³, a partir de la cual se puso a disposición de aquél el mecanismo jurisdiccional creado por el Estatuto.

¹ Preámbulo del Estatuto de Roma, considerandos 3º, 4º y 5º.

² Sobre esta cuestión, véase YEE, L., "The International Criminal Court and The Security Council: Articles 13(b) and 16", en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 143-152.

³ GALLANT, K.S., "The International Criminal Court in the System of States and International Organizations", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, No. 3, 2003, pp. 553-591, at p. 571; TOURINO, M., "La Corte Penal Internacional y los desafíos que la asechan. Un estudio crítico de

En un sentido estricto, cabe reconocer el papel del Consejo como activador o promotor de la jurisdicción de la Corte reconocido en el citado artículo 13 b) del Estatuto, dentro de los mecanismos que permiten el ejercicio de su competencia. Esta disposición atribuye al órgano político el poder de remitir una situación que, como veremos, se diferencia de un caso aislado o de una materia, a la Fiscalía de la Corte, siempre y cuando se cumplan concretas condiciones que tengan que ver con la gravedad de la situación⁴. En segundo lugar, el Consejo tiene reconocida también la capacidad de suspender el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre una investigación en curso, e incluso, dado el supuesto, sobre el enjuiciamiento, por un período de doce meses, según lo estipulado por el artículo 16 del Estatuto⁵. Por último, es importante tomar en consideración, asimismo, el papel del Consejo de Seguridad respecto del crimen de agresión y la prescripción de que el mismo determine, con carácter previo y prioritario, la existencia de un ‘acto de agresión’, como condición para que la Corte pudiera ejercer su jurisdicción sobre tal crimen, para cuyo estudio nos remitimos al Capítulo I de esta tesis doctoral⁶.

En virtud de la primera de estas facultades, podemos adelantar como una primera idea que la intervención del Consejo de Seguridad abre una puerta de oportunidades ante la Corte, aunque también de importantes desafíos, en cuanto amplía sus posibilidades de intervención respecto de una situación de conflicto, sobre la cual, *prima facie*, aquella no tiene jurisdicción para investigar ni enjuiciar. Ciertamente, cuando se produce una situación que no esté comprendida dentro de los límites competenciales por razón espacial o personal, solamente el Consejo

su actuación a diez años de su puesta en funcionamiento”, en BOEGLIN, N., HOFFMANN, J. y SÁINZ-BORGO, J.C. (eds.), *La Corte Penal Internacional: Una perspectiva latinoamericana*, Madrid: Instituto BERG, 2014, pp. 363-389, en especial pp. 377 y ss.

⁴ *Ibid.*, pp. 146-149.

⁵ *Ibid.*, pp. 149-152. De conformidad con el Capítulo III de este trabajo, hemos visto que este poder ha sido invocado por el Consejo de Seguridad hasta en dos ocasiones: la Resolución 1422 (2002), aprobada el 12 de julio de 2002 [UN Doc. S/RES/1422 (2002)]; y la Resolución 1487, de 12 de junio de 2003, por la que se extendía la suspensión [UN Doc. S/RES/1487 (2003)].

⁶ En este sentido, el párrafo sexto del Art. 15 *bis* establece que: «El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.» Este crimen se regula en el Art. 8 *bis* del Estatuto y las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte respecto del mismo se recogen por el Art. 15 *bis* (remisión por un Estado, *proprio motu*) y el Art. 15 *ter* (remisión por el Consejo de Seguridad).

podría suplir la falta de vínculos relevantes para atribuir jurisdicción a la Corte sobre dicha situación. Si resulta que un Estado Parte puede remitir únicamente los crímenes cometidos *en su territorio*, por sus nacionales o por los nacionales de terceros Estados, únicamente el Consejo de Seguridad puede remitir los crímenes cometidos *en cualquier territorio*, de cualquier Estado, y con respecto a cualquier persona, con tal de que ese Estado sea al menos Miembro de las Naciones Unidas. Es, por ello que, teniendo en cuenta la universalidad de esta Organización, la vía de activación que exploramos tiene el enorme potencial de convertirse, *pro futuro*, en un mecanismo poderoso en términos de justicia material, ya que hará posible la remisión de aquellas situaciones de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos que, de otra forma, no podrían ser investigadas por la Fiscalía de la Corte⁷.

No obstante, siempre existe el riesgo de intromisión en la actividad judicial de la Corte a partir de decisiones políticas adoptadas en el seno del Consejo, como sucedió con las resoluciones de suspensión de la jurisdicción de ésta hasta en dos

⁷ En las explicaciones de su voto sobre la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, los Miembros del Consejo de Seguridad manifestaron que el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, por su naturaleza, afectan a toda la comunidad internacional en su conjunto, incluso cuando se hubieren cometido en el contexto de un conflicto interno. Vid. CSNU, cuadragésimo noveno año, 3453^a sesión, martes, 8 de noviembre de 1994, a las 15.35 horas, Nueva York, UN Doc. S/PV.3453. **Declaración de Francia** (Sr. MÉRIMÉE): «Debido sobre todo a su gravedad, estos actos, que son competencia del Tribunal, representan una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y justifican que se recurra al Capítulo VII de la Carta.» [S/PV.3453, p. 3]; **Declaración del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte** (Sir HANNAY): «[L]a gravedad de las violaciones de los derechos humanos cometidas en Rwanda iba más allá de lo estrictamente relacionado con ese país, que concernía a toda la comunidad internacional.» [S/PV.3453, p. 6]; **Declaración de República Checa** (Sr. KOVANDA): «[A]unque el conflicto de Rwanda sea interno sus consecuencias afectan a toda la comunidad internacional en la medida en que se violan principios fundamentales del derecho humanitario internacional.» [S/PV.3453, p. 7]; **Declaración de Pakistán** (Sr. MARKER): «El Consejo de Seguridad acaba de aprobar otra resolución que marca un hito, pues establece, con toda claridad, que las violaciones flagrantes y sistemáticas del derecho internacional humanitario constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, posición a la que el Gobierno del Pakistán adhiere firmemente.» [S/PV.3453, p. 10]; **Declaración de China** (Sr. ZHAOXING): «La creación de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de crímenes que violan gravemente el derecho internacional humanitario es una medida especial adoptada por la comunidad internacional para tratar de resolver ciertos problemas especiales.» [S/PV.3453, p. 11]; **Declaración de España** (Sr. YÁÑEZ-BARNUEVO): «No sólo el pueblo rwandés sino toda la comunidad internacional se ve afectada por unos atentados tan graves contra el derecho de gentes y contra valores fundamentales de la humanidad. De ahí que, por segunda vez en su historia, el Consejo de Seguridad, actuando bajo el Capítulo VII de la Carta, haya creado un órgano jurisdiccional de competencia particular pero con amplios poderes para dictar justicia en estos casos tan graves.» [S/PV.3453, p. 12].

ocasiones, o la introducción de cláusulas de exención jurisdiccional a favor de los nacionales de terceros Estados participantes en operaciones autorizadas por las Naciones Unidas⁸.

Desde el punto de vista doctrinal, LENTNER⁹ establece que la relación entre el Consejo de Seguridad y la Corte se explica en términos de una concesión que hace el primero a favor de la segunda, a la hora de justificar la naturaleza jurídica de la remisión. En efecto, nosotros acogemos esta proposición, ya que sin decisión del Consejo no hay atribución de jurisdicción, por lo que se trata de una relación de dependencia justificada por la vinculación entre la responsabilidad primordial del Consejo para mantener la paz y la seguridad internacionales, según prescribe el artículo 24 de la Carta; y la amenaza que representa para éstas la comisión de los crímenes de la competencia *ratione materiae* de la Corte, lo que, en particular, explicaría el fundamento de dichas remisiones. Si el artículo 13 b) del Estatuto de Roma existe, tal y como está redactado en la actualidad, es porque en el momento de las negociaciones los redactores del mismo ya veían que la competencia de la Corte podría colisionar o entrar en conflicto en determinadas situaciones con las funciones y los poderes que la Carta ya había conferido al Consejo de Seguridad.

II. LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD CONFORME AL PROYECTO DE ESTATUTO COMO RÉGIMEN PRECURSOR AL ACTUAL ARTÍCULO 13 B)

Antes de proceder con el estudio del actual artículo 13 b) del Estatuto de Roma, resulta obligada la referencia a su antecedente más inmediato, cuál es el artículo 23 del *Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional* elaborado por

⁸ Es el caso, por ejemplo, de la Resolución 1497 (2003), de 1 de agosto de 2003, sobre *La situación en Liberia*, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4803ª sesión [UN Doc. S/RES/1497 (2003)].

⁹ El autor argumenta que la naturaleza jurídica de la remisión debe ser conceptualizada como una atribución de poderes del CSNU a la CPI. Véase LENTNER, G.M., *The UN Security Council and the International Criminal Court. The Referral Mechanism in Theory and Practice*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018, p. 5 [Libro electrónico].

la Comisión de Derecho Internacional¹⁰. Aunque, en aquel entonces se trataba de una única disposición integral que regulaba todas las formas de intervención del Consejo de Seguridad, en sus manifestaciones expresadas anteriormente.

La lectura del precepto que sirvió de base para la redacción del artículo 13 actual establece lo siguiente:

Artículo 23

De la intervención del Consejo de Seguridad

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo 21, el Tribunal tendrá competencia de conformidad con el presente Estatuto respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 20, si el Consejo de Seguridad, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, le somete una cuestión.

2. No podrá presentarse con arreglo al presente Estatuto ninguna denuncia relativa a un acto de agresión o directamente relacionada con ese acto sin que el Consejo de Seguridad haya determinado antes que un Estado ha cometido el acto de agresión objeto de la denuncia.

3. No podrá iniciarse con arreglo al presente Estatuto ningún proceso derivado de una situación de la que se esté ocupando el Consejo de Seguridad por tratarse, a tenor del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, de una amenaza para la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa¹¹.»

Como resulta apreciable, la redacción del precepto por el cual se reconocía la potestad al Consejo de Seguridad de activar la competencia de la Corte era una disposición que constaba de tres apartados y, dada su importancia, constituía un único artículo dentro del Proyecto de Estatuto, separado del resto de cuestiones normativas. En la actualidad, el artículo 13 dedica tan sólo uno de sus apartados a dicha cuestión, sin referirse a las materias accesorias como el crimen de agresión o la suspensión de la investigación o el enjuiciamiento.

¹⁰ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994)*, UN Doc. A/49/10, pp. 28 y ss. En el marco de los trabajos sobre el tema del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, la Comisión creó el Grupo de Trabajo sobre el *Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional* y le confió la tarea de examinar el texto elaborado el año anterior. La Comisión recibió del Grupo de Trabajo tres informes, el último de los cuales contenía el texto de ese Proyecto de Estatuto, que fue acompañado de sus comentarios [véase UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2/Corr.1 y Add. 1 a 3: A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1, A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.2 y A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.3]. El Proyecto y los comentarios referidos a sus 60 artículos fueron aprobados por la CDI y presentados posteriormente a la Asamblea General.

¹¹ UN Doc. A/49/10, p. 46.

Siguiendo el comentario al artículo 23 anterior, la Comisión destaca que la adopción de semejante precepto “era necesaria para que el Consejo de Seguridad pudiera hacer uso del Tribunal, como posibilidad alternativa al establecimiento de tribunales especiales y como respuesta a crímenes que sean una afrenta para la conciencia de la humanidad.¹²” Efectivamente, se trata de una disposición que no pretende aumentar los poderes del Consejo de Seguridad, que se encuentran expresamente atribuidos por la Carta¹³, sino solamente poner a su disposición un instrumento más que le permitiera afrontar una situación que amenace la paz y la seguridad internacionales, mediante la acción de la justicia penal internacional; por considerar que la represión de determinados crímenes, que ponen en peligro los derechos individuales, puede contribuir eficazmente al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales¹⁴.

No obstante, la referencia al Consejo de Seguridad en el texto del Estatuto de Roma es de por sí una cuestión controvertida, que fue destacada como tal por algunos miembros de la Comisión, quienes, al hablar sobre el párrafo tercero del artículo 23 anterior, afirmaron que tal inclusión era inaceptable; “pues no debía permitirse que unas decisiones políticas adoptadas en otros órganos impidiesen el funcionamiento de los procesos previstos en el Estatuto¹⁵”, y “les preocupaba que el párrafo 1 del artículo 23 se interpretara como un respaldo a la participación concreta del Consejo de Seguridad en el procedimiento penal contra individuos, algo que a su juicio nunca debería incumbir al Consejo.¹⁶”

Siguiendo estas preocupaciones, cabe indicar que algunas delegaciones se opusieron manifiestamente a la adopción de artículo 23, estimando que el mismo era inaceptable y que debía suprimirse del Estatuto de Roma porque afectaría la independencia de la Corte en la administración de justicia:

«A juicio de esas delegaciones, el Consejo de Seguridad era un órgano político cuya preocupación primordial consistía en mantener la paz y la seguridad, resolver

¹² UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1, p. 40, para. 1.

¹³ Sobre esta cuestión véase, *infra*, el epígrafe 4.1 de este capítulo sobre los poderes del Consejo de Seguridad establecidos en la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁴ CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994*, Vol. I, *Actas resumidas de las sesiones del cuadragésimo sexto período de sesiones 2 de mayo-22 de julio de 1994*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1994, p. 18, para. 9.

¹⁵ UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1, p. 43, para. 13.

¹⁶ *Ibid.*, p. 40, para. 3.

controversias entre Estados y tener suficiente capacidad efectiva para aplicar sus decisiones. Según esas delegaciones, el Consejo adoptaba sus decisiones teniendo en cuenta consideraciones políticas. En cambio, la corte era un órgano judicial que se ocupaba únicamente de la responsabilidad penal de las personas que cometían crímenes graves profundamente reprobables según todo sentido moral¹⁷.»

Por el contrario, en contraste con la posición anterior, otras delegaciones apoyaron el proyecto de artículo 23, argumentando esto otro:

«Las delegaciones que estaban a favor de que se mantuviera el párrafo 1 del artículo 23 basaban sus opiniones en lo siguiente: el Consejo de Seguridad ya había demostrado su capacidad para ocuparse de los crímenes contra el derecho humanitario con la creación de dos tribunales especiales, para la ex Yugoslavia y para Ruanda, y había creado la Comisión Internacional de Investigación para Burundi a fin de informar sobre las violaciones del derecho internacional humanitario; uno de los objetivos de la corte era obviar la creación de tribunales especiales. En este contexto, la remisión por el Consejo activaría una competencia obligatoria, semejante a las facultades de los tribunales especiales. La remisión por el Consejo, según esas delegaciones, no menoscabaría la independencia de la corte porque el fiscal estaría en libertad para decidir si había pruebas suficientes para acusar formalmente a una persona determinada de un crimen¹⁸.»

En todo caso, teniendo en cuenta una y otra posición, la Comisión siempre había pensado que sería necesario establecer algún tipo de vínculo entre la Corte y el Consejo de Seguridad, sobre todo, teniendo en cuenta la importancia de las responsabilidades primordiales atribuidas por la Carta a este último órgano. Así, lo que preocupaba a los miembros era, por un lado, cómo encontrar el equilibrio entre la necesidad de salvaguardar la independencia judicial indispensable de la Corte; y, por otro, la necesidad de garantizar en todo momento los derechos del procesado sin injerencias externas — arrestar, procesar y castigar a los culpables de manera efectiva —¹⁹. En las palabras de CRAWFORD sobre dicha relación, como observador de la propia CDI en la Comisión Plenaria de la *Conferencia Diplomática*

¹⁷ AGNU, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Volumen I, Actuaciones del Comité Preparatorio en los períodos de sesiones de marzo y abril y de agosto de 1996, Asamblea General Documentos Oficiales, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/51/22) [UN Doc. A/51/22[VOL.I]], p. 33, para. 130.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 34, para. 133.

¹⁹ Véase United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Committee of the Whole, Official Records, Volume II, *Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 2nd Plenary Meeting, Monday, 15 June 1998, at 3.10 p.m.*, UN Doc. A/CONF.183/13 (Vol.II), pp. 64 y ss., p. 71, para. 110.

de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, resulta que:

«The Commission's draft article 23 was a conscientious attempt to strike a balance, allowing Security Council reference to the Court but avoiding a veto by the Council except in cases where it was already taking action under Chapter VII of the Charter²⁰.»

No obstante, en el ámbito de la Comisión existían opiniones más críticas, como la que expresaba el Sr. ARANGIO-RUIZ²¹, quien decía que “un tribunal debe estar al servicio del derecho y de nada más y, por consiguiente, no puede ser instrumento de la Asamblea General ni del Consejo de Seguridad ni de cualquier otra entidad política.²²” Así que, una vez reconocida la intervención del Consejo de Seguridad en el ámbito de la propia Corte, debemos formularnos la siguiente pregunta: ¿puede concebirse dicha intervención del Consejo como una atribución de poderes adicionales no previstos por la Carta de las Naciones Unidas?

Por lo que se refiere a la percepción de que el reconocimiento del derecho de remisión a favor del Consejo de Seguridad confiere a este órgano más poderes de los que le atribuye, *expressis verbis*, la Carta de las Naciones Unidas, se trata de una cuestión que, efectivamente, fue objeto de debate en el seno de la Comisión. En sus observaciones, parece que las delegaciones estuvieron de acuerdo en que el reconocimiento del papel de promotor de la competencia de la Corte, según el Estatuto, no afectaría a la función principal del Consejo de Seguridad enunciada en la Carta:

«[E]l Consejo seguiría ejerciendo la autoridad primordial de determinar las amenazas a la paz y los quebrantamientos de la paz y los actos de agresión y de responder a éstos; no se modificaría la obligación de los Estados Miembros de aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de conformidad con el Artículo 25 de la Carta²³.»

²⁰ *Ibid.*

²¹ Sr. Gaetano ARANGIO-RUIZ (Italia), Miembro de la Comisión de Derecho Internacional y Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados.

²² UN Doc. A/CN.4/SER.A/1994, p. 18, para. 12.

²³ UN Doc. A/51/22[VOL.I], p. 32, para. 129.

Como hemos podido constatar del texto del párrafo primero del artículo 23 del Proyecto de Estatuto, éste limitaba las facultades de remisión del Consejo de Seguridad a las situaciones subsumibles dentro del ámbito del Capítulo VII²⁴, por lo que, no puede afirmarse, *prima facie*, que la remisión de una situación, cuya base jurídica es precisamente el Capítulo VII, crea una alteración de las funciones y los poderes que el artículo 24 de la Carta confiere al propio Consejo.

No obstante, las delegaciones que se opusieron al derecho de intervención del Consejo de Seguridad, tachando de “inaceptable” el proyecto de artículo 23²⁵, “consideraron que [el mismo] requería modificación sustancial precisamente porque confería más autoridad al Consejo de Seguridad que la que le confería la Carta o que la necesaria en las relaciones internacionales contemporáneas²⁶”. De la Carta de las Naciones Unidas, y mucho antes de la aprobación del Estatuto de Roma, ya sabíamos que los Miembros de la Organización “confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.²⁷”

A nuestro modo de ver esta relación “simbiótica”, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, responsabilidad primordial del Consejo, y la lucha contra la impunidad por los más graves crímenes internacionales, función primaria de la Corte, no debe concebirse como una relación incompatible, sino complementaria, en términos de *retroalimentación*. En efecto, el Estatuto de Roma no confiere más poderes al Consejo de los que ya tiene en virtud de la Carta, sino que se limita a reconocer una realidad, cuál es la relación entre los crímenes de la lista del artículo 5 y la afección de la paz y la seguridad internacionales²⁸; motivo por el cual se reconoció el derecho de intervención del Consejo en el apartado b) del artículo 13 del Estatuto. Porque, efectivamente, la violación flagrante, masiva y sistemática de los derechos humanos puede llegar a constituir un crimen de la

²⁴ *Ibid.*, p. 34, para. 134.

²⁵ *Ibid.*, p. 33, para. 130.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ De conformidad con el párrafo primero del Art. 24 de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁸ El Preámbulo del Estatuto reconoce que esos graves crímenes –los crímenes de la competencia de la Corte tipificados en el artículo 5 y siguientes del Estatuto– constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, considerando 3º.

competencia de la Corte que, a su vez, por su entidad y escala, puede constituir una amenaza para la paz mundial.

III. EL ARTÍCULO 13 B) DEL ESTATUTO DE ROMA Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS REMISIONES

En el presente apartado, el escenario que plantearemos estará relacionado únicamente con uno de los modos o mecanismos de activación de la competencia de la Corte, el relativo al Consejo de Seguridad con respecto a los Estado no Partes en el Estatuto de Roma, al ser considerado el más problemático y el que plantea cuestiones de naturaleza jurídica, tales como la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno de dichos terceros Estados.

El párrafo b) del artículo 13 del Estatuto de Roma se puede considerar, en palabras de SCHABAS, como la piedra angular dentro de la norma²⁹. En virtud de esta disposición, se prescinde del requisito de la aceptación de la jurisdicción de la Corte por un Estado con arreglo al artículo 12. Es decir, la Corte puede ejercer su jurisdicción sobre el territorio de un Estado que no haya realizado una cesión de soberanía a favor de ésta, con tal de que haya actuado el Consejo de Seguridad.

El derecho de remisión de una situación a la Fiscalía de la Corte por parte del Consejo de Seguridad está contemplado expresamente en el artículo 13 b) del Estatuto de Roma, refiriéndose esta disposición a los mecanismos de activación de la competencia y su ejercicio en los casos cuando se considere que uno o varios de los crímenes del artículo 5 han sido cometidos. Como hemos adelantado en el Capítulo I de este trabajo, se trata de una disposición normativa que no confiere jurisdicción *per se*; pues, establece tan sólo la forma, la modalidad del ejercicio de dicha competencia.

Artículo 13

Ejercicio de la competencia

²⁹ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 293-303.

«La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes».

En palabras de AKANDE, “[t]he main purpose of this provision is to extend the jurisdiction of the ICC to crimes occurring outside the territory of a State party and committed by non-nationals of a State party, since in the case of a Security Council referral it is not necessary to show any link between the crime committed and a State party.³⁰” En efecto, en el supuesto de intervención del Consejo no hace falta demostrar la concurrencia de ninguno de los vínculos jurisdiccionales que estudiamos en el Capítulo I, tales como la territorialidad o la nacionalidad, dado que, en tales casos, no importa si el crimen se hubiere cometido en el territorio de un Estado Parte o por un nacional de ese mismo Estado. Ello es así porque, como ya sabemos, el párrafo segundo del artículo 12 del Estatuto exige la concurrencia de alguno de estos dos criterios, sólo por lo que se refiere a los apartados a) o c) del artículo 13, dejando el régimen jurídico de las remisiones promovidas por el Consejo de Seguridad en una especie de régimen *sui generis*. Además, la remisión *ex* artículo 13 b) del Estatuto haría innecesario el cumplimiento de las condiciones previas para el ejercicio de la competencia del artículo 12, y también afectaría al principio de complementariedad que inspira el funcionamiento mismo de la CPI.

En efecto, este mecanismo de activación incide en otro principio central en el funcionamiento de la Corte, como es el principio de complementariedad. Pues, la remisión del Consejo de Seguridad, que permite garantizar el ejercicio de una jurisdicción universal por parte de la Corte sobre los crímenes de su competencia, *podría menoscabar el principio de complementariedad* cuando, al activar la jurisdicción de la Corte, el Estado en cuyo territorio se cometieron los crímenes se encuentra capacitado para investigar y enjuiciar la causa *criminis*, esto es, está en sus plenas condiciones para llevar a cabo el procedimiento. La idea de una posible alteración

³⁰ AKANDE, D., “The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, No. 2, 2012, pp. 299-324, at p. 301.

del carácter complementario de la jurisdicción de la Corte ha sido abordada por PIKIS, cuando afirma: “the assumption of jurisdiction is subject to the principle of complementarity adumbrated in the Preamble and given expression to in article 17.³¹”

De esta manera, retomando la idea de que la Corte sirve como instrumento al Consejo de Seguridad (*enforcement tool of the Council*³²), en la medida en que le permite decidir entre el amplio espectro de medidas coercitivas en el ámbito del Capítulo VII la remisión de una situación individualizada. Además, esta realidad está corroborada por la práctica contemporánea que existe al respecto. En las dos remisiones *ex* artículo 13 b), el Consejo califica de forma explícita las situaciones enviadas a la Fiscalía como una amenaza a la paz y la seguridad mundiales³³, en consonancia con su línea doctrinal. Es esta calificación discrecional la que permite al Consejo remitir una situación con absoluto desconocimiento de los parámetros territoriales y personales establecidos estatutariamente. Como veremos después, la naturaleza de la remisión se erige como una excepción a la competencia *ratione loci* y *ratione personae* de la Corte.

Ahora bien, a diferencia de una remisión efectuada por un Estado Parte o por el Fiscal, actuando *proprio motu*, en cuyo caso sería necesario seguir tan sólo los dictados de los artículos 14 y 15 del Estatuto, que desarrollan el procedimiento

³¹ PIKIS, G.M., *The Rome Statute for the International Criminal Court. Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 52, para. 129, *in fine*.

³² RUIZ VERDUZCO, D., “The Relationship between the ICC and the United Nations Security Council”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 30-64, at p. 32. En el mismo sentido, puede consultarse FRAU, R., “The International Criminal Court and the Security Council – The International Criminal Court as a Political Tool?”, en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 111-130.

³³ En este sentido, el Preámbulo de la Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005 [UN Doc. S/RES/1593 (2005)], *determina* que «la situación en el Sudán sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales», para 5. La Resolución fue adoptada con 11 votos a favor y 4 abstenciones (Argelia, Brasil, China y los Estados Unidos de América). En cambio, la Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero de 2011 [UN Doc. S/RES/1970 (2011)], por la cual se «*decide* remitir la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional», *deplora* «la grave y sistemática violación de los derechos humanos», aunque no califica la situación como una amenaza a la paz. En todo caso, el Consejo *considera* que «los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil que están teniendo lugar actualmente en la Jamahiriya Árabe Libia pueden constituir crímenes de lesa humanidad», para. 6. Esta Resolución fue adoptada con 15 votos a favor.

por el que debe encauzarse la remisión, no podemos decir lo mismo con respecto al Consejo de Seguridad. Pues, en este último caso, no existe una norma expresa que indique el iter procedimental o cómo debe actuar el Consejo, debido a lo cual entra en juego un instrumento ajeno al Estatuto, como es la Carta de las Naciones Unidas; que es la que nos va a indicar la forma y las mayorías necesarias para la adopción de decisiones en el marco del Capítulo VII. Por tanto, podemos afirmar que el marco jurídico de las remisiones de una situación por esta vía se encuentra fuera del Estatuto.

De la lectura del artículo 13 b), queda evidente la incorporación de la Carta *por referencia* en el marco del Estatuto. Esto quiere decir que el poder de remisión del Consejo no podrá entenderse sin la interpretación obligada y necesaria de las normas aplicables a la decisión de remisión, dado que es la Carta, y no el Estatuto, la que prescribe cuáles son las responsabilidades de este órgano político y cómo deben ser ejercidas. De esta forma, no debe extrañarnos la alusión al Capítulo VII en el texto del Estatuto, aunque, como lo ha venido a reconocer la Comisión de Derecho Internacional, resulta que:

«[S]i bien era evidente que las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas tenían precedencia, no era prudente que la Comisión tratase de regular en el Estatuto situaciones en que hubiesen de aplicarse disposiciones de la Carta, como por ejemplo el Capítulo VII. La interpretación o aplicación de la Carta de las Naciones Unidas –en situaciones políticamente delicadas– era una tarea difícil y compleja que sólo debía acometerse a la luz de la práctica de las Naciones Unidas. Es más, la definición del papel del Consejo de Seguridad respecto del Estatuto era un asunto que debía resolverse en consultas apropiadas entre representantes apropiados de la Asamblea General y representantes apropiados del Consejo de Seguridad³⁴.»

En realidad, se trata de un precepto que establece la autoridad del Consejo para proceder, pero no determina las condiciones de la remisión de una situación. No obstante, cabe indicar que –y así lo ha entendido la Comisión– la remisión por el Consejo de Seguridad debe efectuarse, siempre, de conformidad con los criterios jurisdiccionales materiales y temporales establecidos en el Estatuto de Roma. Una muestra de ello es el lenguaje empleado por el artículo 13 al referirse

³⁴ UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1, p. 43, para. 14.

a los sujetos con legitimación activa para remitir un asunto, diciendo que lo harán “de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto”³⁵.

3.1. El significado del término «situación»

Inicialmente, el párrafo primero del artículo 23 del *Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional* preveía la remisión por el Consejo de Seguridad al Tribunal de una “cuestión” y no de una “situación”, como lo recoge actualmente el párrafo b) del artículo 13 del Estatuto.

La dicción de este último precepto habla de la remisión de una “situación” y no de un “asunto”, ni de una “materia”. De ahí, el Grupo de Trabajo “entendió que el Consejo de Seguridad remitiría normalmente a la Corte un “asunto”, en el sentido de una denuncia contra individuos designados por sus nombres³⁶”; dicho así, una situación a la que se aplicaría el Capítulo VII de la Carta. A continuación, una vez remitida la situación, correspondería al Fiscal determinar qué individuos deben ser acusados de los crímenes enunciados en el artículo 5 del Estatuto.

Ahora bien, cabe manifestar que algunos miembros de la CDI expresaron su preocupación por la posibilidad de que el Consejo de Seguridad remitiera un asunto determinado a la Corte en cualesquiera circunstancias, y, particularmente, “les preocupaba que el párrafo 1 del artículo 23 se interpretara como un respaldo a la participación concreta del Consejo de Seguridad en el procedimiento penal contra individuos³⁷”. Así, una vez sustanciado ese debate, en el *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional* encontramos el siguiente pasaje:

«En cuanto al empleo de la palabra “asunto” en el párrafo 1 del artículo 23, se sugirió que se sustituyera por “caso”, y se sugirió también que se dispusiera que

³⁵ El párrafo b) del Art. 13 (párrafo primero del Art. 23 del Proyecto de Estatuto) «no constituye una forma de competencia distinta desde el punto de vista del tipo de crímenes de que el Tribunal puede conocer (competencia *ratione materiae*). Más bien permite que el Consejo de Seguridad abra la instancia del Tribunal prescindiendo del requisito de la aceptación de la jurisdicción de éste por un Estado». Véase UN Doc. A/49/10, p. 46, para. 1.

³⁶ UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1, p. 40, para. 2.

³⁷ *Ibid.*, p. 40, para. 3.

la remisión fuera acompañada por la documentación correspondiente de que dispusiera el Consejo de Seguridad. [...] Varias delegaciones, aunque no estaban en desacuerdo con esto, no aprobaban la propuesta de cambiar la palabra “asunto” por “caso”. Sostuvieron que, si bien el Consejo tendría la atribución de remitir una situación a la corte, no debía estar facultado para remitir un individuo a la corte. Algunas delegaciones creían, sin embargo, que la palabra “situación” era demasiado amplia³⁸.»

En efecto, como resulta de los dictados transcritos, la mayor preocupación fue la de no introducir la idea de que, con la utilización del término “asunto” o “caso”, el Consejo de Seguridad está facultado para remitir un caso determinado o individualizado, esto es, donde los individuos aparecen ya identificados con sus nombres y apellidos, antes incluso de que la Fiscalía haya dado comienzo al examen preliminar y a la investigación del supuesto de que se trate. Por lo tanto, se decidió, finalmente, la inclusión del término “situación”, ya que, aun cuando se trata de un concepto más amplio y ambiguo, no permite que el Consejo designe a los sujetos presuntamente culpables en la decisión de remisión, con lo cual se evitaría la politización de los casos que decide llevar ante la Corte.

De esta manera, el Consejo de Seguridad puede remitir “una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes”. Aunque, hasta la consolidación del término “situación”, en las versiones del Proyecto de Estatuto se utilizaba el término “asunto”, alternativamente con el de “situación”³⁹. A pesar de que nada en los registros oficiales de la Conferencia de Roma indica por qué uno de los términos fue preferido sobre el otro, lo que sí podemos afirmar es que la palabra “situación”, a la que recurre el artículo 13, no es sinónima a un “caso”, ni tampoco puede utilizarse con el fin de sustituir la primera, precisamente por su amplitud. En realidad, una situación es un concepto generalmente más amplio que el de un caso. Así lo ha venido a entender la propia Corte desde un principio.

Así las cosas, resulta que, en la situación relativa a la *República Democrática del Congo*, la Sala de Cuestiones Preliminares I estableció una diferenciación muy

³⁸ UN Doc. A/51/22[VOL.I], p. 34, para. 136.

³⁹ En este sentido, pueden consultarse los registros oficiales relativos a la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Mesa, *Documento de debate*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.53, 6 de julio de 1998.

nítida entre situaciones y casos, en razón de los distintos tipos de procedimientos, iniciados por cualquier órgano de la Corte⁴⁰:

«Situations, which are generally defined in terms of temporal, territorial and in some cases personal parameters, such as the situation in the territory of the Democratic Republic of the Congo since 1 July 2002, entail the proceedings envisaged in the Statute to determine whether a particular situation should give rise to a criminal investigation as well as the investigation as such. Cases, which comprise specific incidents during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court seem to have been committed by one or more identified suspects, entail proceedings that take place after the issuance of a warrant of arrest or a summons to appear⁴¹.»

Según lo anterior, cuando el Consejo de Seguridad remite “una situación”, será la propia Fiscalía la que deberá individualizar quiénes son los responsables sospechosos de las conductas criminales realizadas, con sus nombres y apellidos, presuntamente culpables de los crímenes a los que se hace alusión en el artículo 5 del Estatuto. Es decir, la facultad de remisión no se traduce, en ningún caso, en la acusación automática de un individuo presuntamente culpable, lo que tendría lugar únicamente si así lo considere la propia Fiscalía de la Corte⁴². Pues, se trata del único órgano titular del *ius accusandi* y que tiene la capacidad para determinar si existen motivos de criminalidad suficientes para acusar a los presuntos autores responsables. Para ser más precisos sobre esta cuestión, debemos citar el artículo 17 del *Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas* de 4 de octubre de 2004, cuyo apartado primero prescribe cómo será la cooperación entre el Consejo y la Corte, estableciendo que, en los supuestos de remisión, “el

⁴⁰ El término «situación» aparece, *inter alia*, en los párrafos a) y b) del Art. 13, el apartado primero del Art. 14, los apartados quinto y sexto del Art. 15, el apartado primero del Art. 18 y el apartado tercero del Art. 19 del Estatuto de Roma.

⁴¹ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6 (Public Redacted Version)”, 19 January 2006, ICC-01/04-101-tEN-Corr, para. 65. Al respecto, pueden consultarse los comentarios a los Arts. 18 y 19 del Estatuto de Roma en: HALL, C.K., NTANDA NSEREKO, D.D. y VENTURA, M.J., “Article 19. Challenges to the jurisdiction of the Court or the admissibility of a case”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 849-898; NTANDA NSEREKO, D.D., “Article 18. Preliminary rulings regarding admissibility”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 832-848.

⁴² La Fiscalía de la Corte deberá gozar de igual independencia tanto en los casos iniciados con arreglo al párrafo b) del Art. 13, como en los iniciados por denuncia de un Estado Parte o el Fiscal. Vid. UN Doc. A/49/10, pp. 46-47, para. 2, *in fine*.

Secretario General [de las Naciones Unidas] transmitirá inmediatamente el texto de la decisión del Consejo de Seguridad al Fiscal, junto con los documentos y otros antecedentes que sean pertinentes a la decisión del Consejo.⁴³

Ahora, por lo que se refiere a las particularidades de esta forma de activar la competencia de la Corte y las alteraciones de ésta, hay que afirmar que ninguna de las manifestaciones de la competencia *ratione personae* y *ratione loci* resultan de aplicación⁴⁴. Las únicas limitaciones a la actuación del Consejo son las propias de la Carta y las que prescribe el Estatuto de Roma por razón de la materia (*ratione materiae*) y por razón del espacio temporal (*ratione temporis*). Se debe respetar, en todo caso, la tipificación de los crímenes recogidos en el artículo 5, de modo que la Corte no podrá investigar ni enjuiciar otros crímenes distintos de los tipificados en dicho precepto⁴⁵. Además, el principio de irretroactividad de la ley penal con respecto al crimen y la pena impone la necesidad de respetar siempre el momento de la entrada en vigor del Estatuto de Roma. En consecuencia, los crímenes deben haberse cometido, necesariamente, a partir del 1 de julio de 2002, en adelante⁴⁶. Teniendo en cuenta lo anterior, podemos concluir que la competencia general de la Corte conoce de límites materiales y temporales infranqueables. Pues, veamos cada una de estas cuestiones de forma separada.

3.2. Criterios *materiales* de la situación remitida a la Corte

⁴³ Véase el *Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas*, ICC-ASP/3/25, Parte III, Resolución ICC-ASP/3/Res.1. En concreto, el Art. 17 del mismo establece la cooperación entre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la Corte. Ese *Acuerdo* se adoptó en Nueva York el 4 de octubre de 2004 y entró en vigor el 4 de octubre de 2004 [UNTS, Vol. 2283].

⁴⁴ Cuando decimos que una remisión del Consejo de Seguridad altera la competencia personal nos referimos a que la persona presuntamente responsable puede o no ser nacional de un Estado Parte. En estas situaciones lo común es que el acusado del crimen sea nacional de un tercer Estado. La competencia territorial, como la hemos estudiado en el Estatuto de Roma, es la que sufre una mayor transformación, tal que incluso nos permite afirmar que es inexistente en los supuestos de remisión *ex Art. 13 b)*.

⁴⁵ Esta idea queda comprendida en la literalidad del Art. 13 b) cuando se refiere a «una situación en que parezca haberse cometido uno o varios *de esos crímenes*», queriendo señalar a los crímenes tipificados en el artículo 5. En este sentido, el párrafo precedente deja muy clara la idea de que el límite competencial material es infranqueable y, por tanto, el Consejo de Seguridad podrá remitir una situación únicamente respecto de esos crímenes.

⁴⁶ PIKIS, G.M., *op. cit.*, para. 129, diciendo: «The only limitation is that such crimes must have been committed after the entry into force of the Statute.»

El artículo 13 b) del Estatuto de Roma no modifica la competencia material de la Corte, como ya lo había señalado la Comisión en sus comentarios al párrafo primero del artículo 23 del Proyecto de Estatuto⁴⁷. Efectivamente, la competencia *ratione materiae* de la Corte permanece sin variaciones, en el mismo sentido en que la hemos estudiado en el Capítulo I de esta tesis, como si se tratara de la remisión de una situación efectuada por un Estado Parte o por el Fiscal, actuando *ex officio*. Más bien, el precepto anterior permite al Consejo de Seguridad abrir la instancia judicial, activando la competencia de la Corte sobre una situación determinada, aunque ajustándose en cualquier caso a los preceptos estatutarios sobre crímenes de la competencia material de aquélla. Esta idea sugiere que, ante de enviarse la misma, los hechos circunstanciales deben indicar, *prima facie*, que se ha cometido uno o varios de los crímenes que integran la categoría de crímenes más graves en el marco del Estatuto de Roma. Este resultado se debe al hecho de que la cláusula de activación competencial “no constituye una norma de competencia⁴⁸” *per se*, sino tan sólo una modalidad para el ejercicio de dicha competencia.

En consecuencia, independientemente de quién sea el sujeto que active esa competencia material, las conductas que puede investigar y, en su caso, enjuiciar la Corte son las generalmente enunciadas en el artículo 5 del Estatuto, a saber; el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Por tanto, no hay una excepción a esta competencia *ratione materiae*, aunque sí se produce una ligera modificación procesal en la tramitación de la causa *criminis*, ya que, en tales supuestos el Fiscal no está obligado a recabar la preceptiva autorización judicial de la Sala de Cuestiones Preliminares⁴⁹.

Más bien, la remisión del Consejo de Seguridad hace factible el ejercicio de la jurisdicción *latente* de la Corte, como la describía el profesor Héctor OLÁSOLO⁵⁰, dispensando del requisito de aceptación de la jurisdicción de la misma mediante el acto de ratificación del Estatuto de Roma; o la aceptación *ad hoc* respecto de los

⁴⁷ UN Doc. A/49/10, p. 46, para. 1, estableciendo que: «El párrafo 1 del artículo 23 no constituye una forma de competencia distinta desde el punto de vista del tipo de crímenes de que el Tribunal puede conocer (competencia *ratione materiae*).»

⁴⁸ UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1, p. 40, para. 1.

⁴⁹ Sobre este particular puede consultarse el epígrafe 4.2 dentro del Capítulo I.

⁵⁰ OLÁSOLO ALONSO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 39.

crímenes a que se refiere el artículo 5 en el sentido del artículo 12.3 del Estatuto. En efecto, la intervención del Consejo de Seguridad en un conflicto determinado supone una excepción a la voluntad del Estado territorial de llevar su situación a la Corte, sobre todo, en el caso de que el mismo no fuera Parte en ese instrumento internacional.

Por sus implicaciones jurídicas, una de las cuales es la apuntada en la línea que antecede, este derecho y también poder del Consejo de Seguridad puede ser ejercido únicamente en los casos en que, como plantea el artículo 13 b), el órgano actúa, decide y realiza su actividad “con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”. Es decir, en los mismos supuestos en los que el Consejo tendría autoridad para decidir sobre la creación de un tribunal penal internacional, como lo hizo en los años 1993 y 1994, por medio de una resolución vinculante para todos los Miembros de la Organización.

3.3. Criterios territoriales de la situación remitida a la Corte

Por lo que se refiere a la territorialidad de la situación remitida a la Corte por el Consejo de Seguridad, nada de lo dispuesto en el artículo 12.2, letra a), del Estatuto de Roma será de aplicación cuando ese órgano interviene, promoviendo una situación ante la Fiscalía. Esto significa que la conducta típica se haya podido cometer, no sólo en el territorio de un Estado Parte o por sus propios nacionales, en cuyo caso no se plantearían problemas añadidos, sino que la misma se podría haber materializado en el territorio de un Estado tercero, como, en efecto, ocurrió con las dos remisiones existentes hasta la fecha.

Mediante la Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, el Consejo de Seguridad estrenó el derecho que le concede el artículo 13 b) del Estatuto, aunque limitándose únicamente a explicitar la región del *locus delicti commissi*, Darfur, sin referirse al Estado territorial, el Sudán⁵¹. Esto es importante, ya que el Estatuto es un tratado internacional, cuyos signatarios son los Estados considerados como

⁵¹ UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 1.

sujetos del Derecho Internacional y no las regiones administrativas o entidades territoriales que los conformaran. Como manifestaba el representante de Francia en el Consejo de Seguridad, Sr. de LA SABLIERE, en los debates sobre la adopción de la referida resolución:

«El Consejo de Seguridad acaba de remitir por primera vez una situación a la Corte Penal Internacional. Acaba así de enviar un doble mensaje sumamente enérgico, no sólo a todos los que han cometido atrocidades en Darfur o podrían sentirse tentados de cometerlas, sino también a las víctimas: la comunidad internacional no permitirá que esos crímenes queden impunes⁵².»

De esta manera, en primer lugar, debemos recordar que el estatus jurídico del Sudán respecto del Estatuto de Roma es el de un Estado tercero, ya que nunca ha llegado a manifestar su consentimiento en obligarse internacionalmente por este instrumento. Una vez efectuada esta importantísima precisión por los efectos que genera la remisión, y volviendo a la territorialidad de la situación remitida, cabe preguntarnos ¿qué es, en realidad, Darfur? La formulación de esta pregunta resulta necesaria para entender el verdadero alcance de la remisión. Pues, Darfur es una región administrativa dentro de la República del Sudán, lo cual significa que la jurisdicción territorial de la Corte sobre esta situación se refiere solamente a una parte concreta e individualizada del país. Con lo que, el resto del territorio nacional quedará, en principio, excluido de la jurisdicción de la Corte y del Fiscal para investigar eventualmente las conductas cometidas fuera de Darfur. A esta conclusión coadyuva la primera decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la solicitud de una orden de arresto contra el entonces Presidente del país, el Sr. *Omar Al Bashir*:

«[T]he 31 March 2005 referral by the Security Council pursuant to article 13(b) of the Statute and the 1 June 2005 Prosecution's decision to open an investigation pursuant to article 53(1) of the Statute define the territorial and temporal parameters of the Darfur situation *encompassing the territory of the region of Darfur in Sudan (which includes the States of Northern Darfur, Southern Darfur and Western Darfur)* since 1 July 2002⁵³.»

⁵² CSNU, *Informe del Secretario General sobre el Sudán, Carta de fecha 31 de enero de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General (S/2005/60)*, UN Doc. S/PV.5158, p. 9.

⁵³ Véase ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-3, para. 37. Énfasis añadido.

En cambio, en lo que concierne a la segunda remisión efectuada mediante la Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero de 2011, esta vez el Consejo especifica que remite a la Fiscalía de la Corte “la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia”⁵⁴. Aun cuando pudiera parecer una cuestión irrelevante, lo cierto es que la concretización de que se remite la situación en la Jamahiriya Árabe Libia implica que la misma comprende toda la extensión territorial del país, por lo que la Corte puede investigar cualesquiera de los crímenes del artículo 5 del Estatuto de Roma cometidos en cualquier parte de Libia. De ahí que, para marcar la diferencia entre estos dos precedentes, se trata de una remisión integral, a diferencia de la primera situación, donde la remisión es parcial, desde el punto de vista territorial⁵⁵.

Con todo ello, podemos establecer que la activación de un procedimiento ante la Corte por iniciativa del Consejo de Seguridad se puede considerar como una excepción a la competencia *ratione loci* delimitada en el Estatuto de Roma. Es decir, como una alteración de los vínculos relevantes de jurisdicción enunciados en el artículo 12.2 del Estatuto y que hemos visto en el Capítulo III. Así, cuando la Fiscalía no puede iniciar un examen preliminar por falta de una conexión entre la conducta y el territorio, como ocurre ciertamente respecto de los crímenes que se han cometido en el territorio de la República Árabe Siria, entonces la única vía alternativa y factible sería la del artículo 13 b), aunque, como veremos, el derecho de veto, aplicable a estas decisiones, puede paralizar la operatividad del Consejo de Seguridad. En efecto, la habilitación de los Miembros Permanentes de ejercer su veto en el seno del Consejo de Seguridad con respecto a la competencia de la Corte, no sólo en el momento de activar su jurisdicción, sino también con respecto a la posibilidad de suspender temporalmente la investigación o el enjuiciamiento que la misma haya iniciado, se erige como un obstáculo de primer orden cuando

⁵⁴ UN Doc. S/RES/1970 (2011), para. 4.

⁵⁵ Fuera de estas dos remisiones del Consejo de Seguridad, podemos mencionar otras situaciones remitidas por un Estado Parte al Fiscal. Por ejemplo, la situación en la República Democrática del Congo, remitida por el Gobierno de ese Estado Parte el 19 de abril de 2004, se refiere, sin más, al territorio de la RDC [ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga”, 5 November 2007, ICC-01/04-01/07-55, para. 10]. Véase en SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 299.

tratamos de depurar las responsabilidades penales de los máximos responsables de los más graves crímenes internacionales.

3.4. Criterios *temporales* de la situación remitida a la Corte

Desde el punto de vista de la temporalidad de la situación remitida por el Consejo de Seguridad al Fiscal de la Corte, cabe afirmar que la remisión por este órgano tiene que respetar siempre y sin excepciones el momento de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, que, como ya dijimos en el Capítulo I, marca la fecha a partir de la cual la Corte puede ejercer su competencia *ratione temporis*; el 1 de julio de 2002⁵⁶.

Partiendo de este planteamiento, cualquier remisión encauzada por la vía del artículo 13 b) del Estatuto tiene que referirse a situaciones ocurridas después de la fecha mencionada por respeto al principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, en este caso de la norma penal internacional. Es lo que suscribe el artículo 24 de aquel instrumento, cuando dispone que: “[n]adie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.” Si esta circunstancia se aplicaba a los supuestos previstos en los apartados a) y c) del artículo 13, lo mismo sería predicable respecto de la actuación del Consejo de Seguridad.

Como sabemos, la competencia temporal viene determinada por la fecha de entrada en vigor general o particular del Estatuto, dependiendo del momento en que el Estado involucrado haya manifestado su consentimiento en obligarse por este instrumento. En cualquiera de estos dos casos, estamos hablando de un claro límite competencial infranqueable. Pues, de esta manera, la resolución adoptada en el marco del Capítulo VII deberá estipular, expresa y preferiblemente, la fecha a partir de la cual se atribuiría competencia *ratione temporis* a la Corte, es decir, el momento *ab initio* de comisión de los crímenes de su competencia. En la práctica existente de la Corte, todas las remisiones venían estipulando el momento inicial,

⁵⁶ A este respecto, véase el epígrafe 2.3 del Capítulo I, *supra*.

situándolo al 1 de julio de 2002. Efectivamente, tanto la remisión de la situación de Darfur, como la remisión de la situación de Libia indicaban el punto de partida de la remisión. Así, la Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo, establecía que el Consejo de Seguridad “[d]ecide remitir la situación en Darfur desde el 1º de julio de 2002 al Fiscal de la Corte Penal Internacional⁵⁷”, situando, por lo tanto, la fecha de inicio de la competencia de la Corte para conocer de los crímenes cometidos en Darfur al momento de entrada en vigor general del Estatuto de Roma. Aunque la fecha de adopción de la resolución se sitúe en el 2005. Con lo que, la remisión podría haber tomado en consideración dicha fecha, aunque se decidió retrotraer tal competencia a la fecha de entrada en vigor general. No obstante, si analizamos los dictados de la Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero, por la que el Consejo decide remitir a la Fiscalía la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia, lo hace desde el 15 de febrero de 2011, apartándose del criterio precedente y, con ello, limitando expresamente la competencia temporal de la Corte⁵⁸.

Pues bien, una razón para esta divergencia es que el Consejo se ha limitado en esta segunda ocasión a remitir únicamente las violaciones producidas a partir del 15 de febrero de 2011, en adelante, considerando que a partir de esta fecha se ha producido una ruptura de la legalidad constitucional e internacional en Libia por la grave y sistemática violación de los derechos humanos, dando así lugar a la intervención del máximo órgano de las Naciones Unidas sobre el que recae la tarea de garantizar la seguridad y la paz internacionales. Es, por este motivo que, el Consejo no se refirió a otros hechos acaecidos con anterioridad al año 2011 bajo el régimen de Muammar Gaddafi.

Ante la posible cuestión de si este criterio temporal puede, eventualmente, violar el *principio de irretroactividad* de la norma penal, por un lado, y el principio

⁵⁷ CSNU, Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 1. En este caso, el Consejo de Seguridad establece expresamente que actúa en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, aunque sin hacer referencia a cuál de los artículos de esta parte. Esta Resolución fue aceptada con entusiasmo por la Comunidad internacional por tratarse de la primera remisión del Consejo de Seguridad, nada más que tres años después de que la Corte empezara a funcionar.

⁵⁸ CSNU, Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero de 2011, UN Doc. S/RES/1970 (2011), para. 4. En la segunda remisión el Consejo de Seguridad es aún más explícito, dado que, además de decir que actúa en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, establece que adopta medidas con arreglo al Art. 41 del mismo.

de irretroactividad de los tratados internacionales, por otro, en el sentido en que este último viene consagrado en el artículo 28 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969⁵⁹, debemos responder en un sentido negativo.

Pues, relacionado con la temporalidad y la irretroactividad, encontramos un antecedente muy valioso al respecto con la creación de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*; el TPIY en 1993 y el TPIR en 1994, respectivamente⁶⁰. Estos dos tribunales se crean *ex post facto*, es decir, con posterioridad a la comisión de los crímenes de su competencia en el territorio de ambos países. Así, en el primer caso, el TPIY tenía jurisdicción *ratione temporis* “a partir de 1991⁶¹”, mientras que, en el segundo caso la competencia del TPIR se limitaba al “1º de enero de 1994 y el 31 diciembre de 1994⁶²”.

Volviendo a las remisiones del Consejo de Seguridad, procede indicar que tanto la delimitación del inicio de la competencia temporal de la Corte, como del fin de esa competencia son momentos importantes. En lo que concierne al primer momento, hemos comprobado que las dos resoluciones de remisión adoptadas hasta la fecha indican el momento inicial, con lo cual queda fuera de dudas toda cuestión al respecto. Ahora bien, en lo que respecta a la fecha final, si la resolución del Consejo de Seguridad no especifica la misma, esto es, no explicita hasta dónde se puede extender la Fiscalía en sus actividades jurisdiccionales, entonces cabe admitir dos posibilidades interpretativas.

⁵⁹ Art. 28 (*Irretroactividad de los tratados*): «Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.»

⁶⁰ Véase al respecto WECKEL, Ph., “L’institution d’un Tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 39, 1993, pp. 232-261.

⁶¹ El Art. 1 del Estatuto del TPIY decía que: «El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia según las disposiciones del presente Estatuto.» Vid. CSNU, Resolución 827 (1993), de 25 de mayo [UN Doc. S/RES/827 (1993)].

⁶² Por su parte, el Art. 1 del Estatuto del TPIR establecía: «El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 diciembre de 1994, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto.» Vid. CSNU, Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre [UN Doc. S/RES/955 (1994)].

En primer lugar, si el Consejo guarda silencio sobre la fecha final, entonces sería necesaria la adopción de una nueva resolución, con el propósito de corregir esta “irregularidad formal”, es decir, para hacer explícito el momento a partir del cual la Corte ya no tendría competencia sobre la situación objeto de la remisión. Esta posibilidad no resulta del todo recomendable, puesto que, al tratarse de una nueva decisión que debe adoptarse necesariamente en el ámbito del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, ello implica admitir el riesgo de que la nueva resolución sea vetada por alguno de los Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad. Así que, si se produce dicha circunstancia, tampoco se solucionaría el problema de la indeterminación temporal.

En segundo lugar, otra forma para determinar ese momento final pasa por considerar si se siguen reuniendo las condiciones necesarias para que el Consejo de Seguridad actúe en el marco del Capítulo VII. Es decir, teniendo en cuenta la dicción del artículo 13 b) del Estatuto de Roma, especificando que el Consejo debe actuar “con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”, podemos considerar, sin la necesidad de aprobar una nueva resolución, que la fecha final sería aquella que se correspondería con el momento a partir de cual ya no se reúnen las condiciones para aplicar el Capítulo VII anterior. De esta manera, ese momento sería decisivo para determinar hasta cuándo se extiende la competencia *ratione temporis* de la Corte. Tal momento se daría cuando dejan de reunirse los presupuestos que permiten la aplicación de los artículos del Capítulo VII, esto es, cuando se verifique el cese de las hostilidades y, fundamentalmente, cuando no exista más una “amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión⁶³”.

Bajo esta aproximación, resulta que si el Consejo no especifica la fecha final es porque se trata de una situación que podríamos denominar “abierta” (*open-*

⁶³ Según dispone el Art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas.

ended referral)⁶⁴ o simplemente *remisión prospectiva*, como la denomina SCHABAS⁶⁵. De ahí que, aceptando esta aproximación de las situaciones “abiertas”, serían los propios magistrados de la Corte quienes tendrían que determinar si se reúnen las condiciones para aplicar el Capítulo VII, o sea, si la situación sigue representando una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, con la finalidad de determinar, ante la ausencia de tales condiciones, el momento a partir del cual dejarían de tener competencia para considerar otros actos dentro de la misma situación⁶⁶.

Es aquí cuando entramos en la cuestión sobre el control de la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad y la verosimilitud de que sea la propia Corte la que controle dicho aspecto cuando estemos ante una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes de su competencia, y que ha sido remitida por iniciativa de este órgano político⁶⁷.

⁶⁴ La Sala de Cuestiones Preliminares I, aunque no se refirió expresamente a esta cuestión, cuando aprobó la orden de detención y entrega contra el Jefe de Estado del Sudán, *Omar Al Bashir*, sí que asumió que la competencia temporal conferida por la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad fue prospectiva. Pues, siguiendo la lógica de esta aproximación, la Sala consideró que la remisión cubre todos los actos cometidos hasta el momento del requerimiento de aprobación de una orden de detención y entrega del mismo el 14 de julio de 2008, con arreglo al Art. 58.1 del Estatuto de Roma. En el contexto del caso *Al Bashir* y relacionado con el punto anterior, la CPI ha dictado dos órdenes de detención y entrega contra el entonces Presidente del Sudán: la primera, el 4 de marzo de 2009; y la segunda, el 12 de julio de 2010. Véase ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-3, para. 37. Igualmente, ICC, *Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecutor’s Application under Article 58”, 7 May 2009, ICC-02/05-02/09-1, para. 2.

⁶⁵ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., pp. 298-299.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Sobre el control de legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad pueden consultarse, entre otros: BEDJAOUI, M., *The New World Order and the Security Council. Testing the Legality of its Acts*, Leiden: Brill-Nijhoff, 1995, p. 552; FASSBENDER, B., “Review Essay. Quis judicabit? The Security Council, Its Powers and Its Legal Control”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 2000, pp. 219-232; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M.E., *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La legalidad de sus decisiones y el problema de su control*, Madrid: Civitas, 2003, p. 396; MAZERON, F., “Le contrôle de légalité des décisions du Conseil de Sécurité - Un bilan après les ordonnances *Lockerbie* et l’arrêt *Tadic*”, *Revue québécoise de droit international*, Vol. 10, 1997, pp. 105-136; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “El control de legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad”, *Agenda Internacional*, Vol. XVII, No. 28, 2010, pp. 103-131; WHITTLE, D., “The Limits of Legality and the United Nations Security Council: Applying the Extra-Legal Measures Model to Chapter VII Action”, *European Journal of International Law*, Vol. 26, No. 3, 2015, pp. 671-698.

Efectivamente, desde el punto de vista teórico, la Fiscalía de la Corte, como destinataria de la remisión, puede negarse a proceder con la investigación de una situación que le ha sido remitida por el Consejo de Seguridad si, a su sano juicio, considera que la decisión de remisión ha sido adoptada sin que se haya indicado expresamente que el órgano actúa en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; siendo ésta una exigencia irrenunciable o *sine que non* para que el Consejo pueda activar la jurisdicción de la Corte de conformidad con el artículo 13 b) del Estatuto. Pero, además, se trata de un requisito formal insubsanable que puede viciar la decisión, privándola de sus efectos. Siguiendo este planteamiento propuesto por SCHABAS, si admitimos que la Corte puede pronunciarse sobre la “legalidad” de una remisión del Consejo en el momento de recibirla, rechazando su intervención en una situación que adolece de las exigencias de forma, hay que admitir la posibilidad de que pueda hacer lo mismo en un momento ulterior: “[i]f the Court can control the validity of Security Council action at the time of referral, there is no good reason why it cannot do the same at a subsequent stage.”⁶⁸

En virtud de todo ello, ante la falta de determinación del momento en que la Corte deje de tener jurisdicción sobre la situación remitida, consideramos que sería recomendable que el Consejo de Seguridad especificara expresamente tanto la fecha inicial, como el momento final, como lo hizo en su día con el Estatuto del TPIR. De esta manera, se evitarían situaciones poco claras y, sobre todo, mejoraría la seguridad jurídica que toda remisión debe garantizar por estar involucrados los derechos subjetivos de los individuos, finalmente consideramos como autores de alguno de los crímenes del artículo 5 del Estatuto.

3.5. Criterios *personales* de la situación remitida a la Corte

En principio, cualquier individuo nacional de un Estado Miembro de las Naciones Unidas, sin perjuicio de que el Estado de su nacionalidad sea o no Parte en el Estatuto de Roma, podría ser investigada por el Fiscal de la Corte. Además,

⁶⁸ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 299.

como ya manifestamos en el Capítulo II, el cargo oficial que eventualmente ocupe dicha persona resultaría completamente irrelevante a los efectos de fundamentar la jurisdicción de la Corte en el marco jurídico establecido por el Estatuto.

Así, en lo que concierne, particularmente, a los parámetros personales de una situación remitida por el Consejo de Seguridad, ya hemos manifestado en las líneas precedentes, a la hora de analizar las diferencias entre una ‘situación’ y un ‘caso’, que el Consejo no remite a un individuo o a un grupo de individuos a la Fiscalía, sino que es ésta la que se encarga de individualizar la responsabilidad de cada uno de los sujetos implicados en la situación de que se trate. En palabras de TLADI, “once the Court has jurisdiction under Article 13, the nationality of any defendant becomes irrelevant”⁶⁹.

Respecto de la situación en Darfur, la Corte había dispuesto en la solicitud de una orden de detención contra el ex Presidente *Omar Al Bashir*, lo siguiente:

«[I]n relation to the jurisdiction *ratione personae*, the Chamber considers that, [...] the present case falls within the jurisdiction of the Court despite the fact that it refers to the alleged criminal liability of a national of a State that is not party to the Statute, for crimes which have been allegedly committed in the territory of a State not party to the Statute⁷⁰.»

Aunque no hay hasta la fecha una interpretación judicial pertinente a esta cuestión, sí existe una práctica valiosa por parte de la Fiscalía. Por ejemplo, en la carta de remisión, de fecha 16 de diciembre de 2003, de la *situación en Uganda* por el gobierno de ese país se contemplaba, como parte de los parámetros personales, que la misma se refiere explícitamente a la “Lord’s Resistance Army⁷¹” localizada en el norte y el oeste de Uganda⁷². Si bien inicialmente parecía que el Fiscal había aceptado los términos de la remisión, después había manifestado su conclusión

⁶⁹ TLADI, D., “The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, No. 1, 2013, pp. 199-221, at p. 212.

⁷⁰ ICC-02/05-01/09-3, para. 40.

⁷¹ ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Pre-Trial Chamber II, “Decision to Convene a Status Conference on the Investigation in the Situation in Uganda in Relation to the Application of Article 53”, 2 December 2005, ICC-02/04-01/15-44, para. 4.

⁷² Para mayor información sobre los antecedentes de este conflicto puede consultarse: EL ZEIDY, M., “The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State’s Party Referral to the ICC”, *International Criminal Law Review*, Vol. 5, No. 1, 2005, pp. 83-119.

de que: “the scope of the referral encompasses all crimes committed in Northern Uganda in the context of the ongoing conflict involving the LRA⁷³”.

Igualmente, en directa relación con el criterio personal de la remisión, cabe señalar que ambas resoluciones del Consejo de Seguridad, aun cuando no debían designar a un grupo de individuos, terminan excluyendo de la jurisdicción de la Corte a determinadas personas. En este orden, la Resolución 1593 (2005) establece la siguiente cláusula de exclusión, que se reproduce con los mismos dictados en la Resolución 1970 (2011), reservando una *jurisdicción exclusiva* para el Estado del agente que no sea Parte en el Estatuto de Roma:

«Decide que los nacionales, los ex funcionarios o funcionarios o el personal de un Estado contribuyente que no sea el Sudán y no sea parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se sometan a la jurisdicción exclusiva de ese Estado contribuyente respecto de todos los supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en el Sudán o relacionados con ellas establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unión Africana, a menos que ese Estado contribuyente haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva⁷⁴.»

Se trata de una exclusión que, como tuvimos la oportunidad de afirmar en el Capítulo II de la presente tesis doctoral⁷⁵, responde claramente a los intereses de los Estados Unidos de América y a su legislación interna, que pretende revertir los efectos estudiados del artículo 12.2 del Estatuto de Roma, en virtud del cual se faculta a la Corte para conocer de todo acto criminal que haya tenido lugar en el territorio de un Estado Parte, sin que importe la nacionalidad del acusado del crimen. Esta exclusión, que no podemos aceptar ni justificar de ninguna manera, ha motivado que autores como ZAPPALÀ se cuestionen si algunos agentes o *cascos azules* sean mejores que otros, ya que se les confiere un tratamiento diferenciado en una situación de igualdad absoluta⁷⁶.

⁷³ ICC-02/04-01/15-44, para. 5.

⁷⁴ UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 6. En idéntico sentido, UN Doc. S/RES/1970 (2011), para. 6.

⁷⁵ Nos referimos a esta cuestión en el epígrafe 4.3 del Capítulo III, *supra*, sobre «La suspensión del procedimiento por el Consejo de Seguridad *ex* artículo 16 del Estatuto de Roma».

⁷⁶ ZAPPALÀ, S., “Are Some Peacekeepers Better Than Others? UN Security Council Resolution 1497 (2003) and the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 3, 2003, pp. 671-678. También JAIN, N., “A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2, 2005, pp. 239-254, at pp. 242-244.

En efecto, el apartado sexto de ambas resoluciones limita infundadamente la competencia personal de la Corte, cuando la finalidad y el objeto mismo de las remisiones debe ser la rendición de cuentas internacional para los criminales que cometen los crímenes más horrendos y combatir así la impunidad en Darfur y en Libia⁷⁷. Sobre la base de esta exclusión que, “no sólo no favorece la lucha contra la impunidad, sino que también subraya una disposición cuya aplicación ha sido una cuestión sumamente polémica⁷⁸”, se han celebrado muchos de los acuerdos a los que hace referencia el párrafo segundo del artículo 98 del Estatuto de Roma, cuando prevé la posibilidad de que esa obligación internacional incompatible con la inmunidad de jurisdicción del autor responsable sea prevista y reconocida por “un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.⁷⁹”

IV. EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS: LAS COMPETENCIAS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN CASO DE UNA AMENAZA A LA PAZ, UN QUEBRANTAMIENTO DE LA PAZ O UN ACTO DE AGRESIÓN

De lo establecido en las líneas anteriores podemos extraer una conclusión, cuál es la de que el artículo 13 b) del Estatuto de Roma tan sólo reconoce el papel del Consejo de Seguridad y después nos remite a la Carta de las Naciones Unidas,

⁷⁷ Algunos Estados manifestaron su disconformidad con la introducción de una cláusula de este tipo. Así, respecto de la Resolución 1593 (2005), el representante de Francia, Sr. de LA SABLIERE, afirmó que «la inmunidad de jurisdicción prevista en el texto que acabamos de aprobar no podría evidentemente ir en contra de otras obligaciones internacionales de los Estados y estaría sujeta, de ser necesario, a la interpretación de los tribunales de mi país.» El representante de Brasil, Sr. SARDENBERG, tampoco se encontraba en condiciones de apoyar el párrafo sexto de la parte dispositiva, «por el que el Consejo reconoce la existencia de jurisdicción exclusiva, una excepción jurídica que es incongruente con el derecho internacional.» Véase CSNU, *Informe del Secretario General sobre el Sudán, Carta de fecha 31 de enero de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General (S/2005/60)*, UN Doc. S/PV.5158, p. 9 y p. 12, respectivamente.

⁷⁸ UN Doc. S/PV.5158, p. 12.

⁷⁹ Texto del párrafo segundo del Art. 98 del Estatuto de Roma. Sobre esta cuestión nos remitimos al Capítulo III, *supra*, epígrafe 4.2.

sin entrar a analizar las “condiciones previas para el ejercicio de la competencia” de la Corte. Trazando un paralelismo con las condiciones previas estipuladas por el artículo 12.2 del Estatuto, aplicables tan sólo a las situaciones contempladas en los apartados a) y c) del artículo 13, cabe indicar que, cuando actúa el Consejo de Seguridad, deben cumplirse, asimismo, una serie de condiciones que permitan la activación jurisdiccional de la Corte, y a las que podemos llamar *extraestatutarias*. Dichas condiciones están fuera del instrumento estatutario, lo cual significa que el estudio de los preceptos relevantes de la Carta y, más en concreto, del Capítulo VII de ésta, sea una tarea necesaria e inexcusable, a la cual dedicaremos esta parte del presente capítulo⁸⁰.

En su momento, se observó en el ámbito de la CDI que el párrafo primero del proyecto de artículo 23 limitaba las facultades de remisión del Consejo de Seguridad a las situaciones que caen dentro del ámbito de aplicación del Capítulo VII⁸¹. Por tanto, es una condición ineludible que el Consejo adopte medidas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales o, en el supuesto más grave, para hacer frente a un acto de agresión.

De un modo contrario, si resulta que el Consejo de Seguridad condena una situación determinada, que igualmente puede ser constitutiva de crímenes de la competencia de la Corte, pero lo hace fuera del Capítulo VII, esto es, fuera de sus amplias prerrogativas discrecionales para adoptar medidas coercitivas; entonces, en tal caso, la remisión estaría viciada por la falta de una base jurídica adecuada que la dotase de eficacia ante la Fiscalía de la Corte⁸².

⁸⁰ El Capítulo VII de la Carta consta de 13 artículos. A los efectos de este trabajo de investigación, se estudiarán las disposiciones de los Arts. 39 y 41, por ser de aplicación a los casos de remisión de una situación *ex Art. 13 b)* del Estatuto de Roma.

⁸¹ UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1, p. 40, para.3; p. 43, para. 14.

⁸² Hablando de los poderes del Consejo de Seguridad y la relación de su actividad con la acción judicial de la Corte, entre otros, pueden consultarse las contribuciones siguientes: BERMAN, F., “The Relationship Between the International Criminal Court and the Security Council”, en HEBEL, H.A.M. VON, LAMMERS, J.G. y SCHUKKING, J. (eds.), *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 1999, pp. 173-180; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas”, en QUEL LÓPEZ, J. (ed.), *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, No. 4, Madrid: AEPDIRI, BOE, 2000, pp. 31-44; ESCUDERO ESPINOSA, J.F., “Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 19, 2003, pp. 185-261, at pp. 218 y ss.; GARGIULO, P., “Il controverso rapporto tra Corte penale interazionale e Consiglio di sicurezza per la repressione dei crimini di diritto interazionale”, *La comunità internazionale*, Vol.

Teniendo en cuenta que la actuación del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta es una *conditio sine qua non*⁸³, existen, asimismo, una serie de límites aplicables a los proyectos de resolución en el seno de este órgano político que están relacionados, primero, con sus responsabilidades primordiales estipuladas en la Carta; y, segundo, con la integridad del Estatuto de Roma. Por último, entre ambos instrumentos internacionales hay que buscar la congruencia de la misión para la que fue creada la CPI: poner fin a la impunidad de los autores de los más graves crímenes internacionales.

4.1. Los poderes del Consejo de Seguridad establecidos en la Carta de las Naciones Unidas

La acción del Consejo de Seguridad queda determinada por el artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, siendo la norma que define sus competencias, funciones y poderes⁸⁴. Así, entre las diversas manifestaciones de su competencia material o *ratione materiae*, este órgano principal de la Organización asume una

54, No. 3, 1999, pp. 428-473; *Ibid.*, "The Controversial Relationship Between the International Criminal Court and the Security Council", en LATTANZI, F. y SCHABAS, W.A. (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa di Fagnano Alto: Il Sirente, Volume I, 1999, pp. 67-104; GOWLLAND-DEBBAS, V., "The Relationship Between Political and Judicial Organs of International Organisations: The Role of the Security Council in the New International Criminal Court", en BOISSON DE CHAZOURNES, L., ROMANO, C. y MACKENZIE, R. (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement. Trends and Prospects*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2002, pp. 195-218; *Ibid.*, "The Role of the Security Council in the New International Criminal Court from a Systemic Perspective", en ABI-SAAB, G., BOISSON DE CHAZOURNES, L. y GOWLLAND-DEBBAS, V. (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 629-650; *Ibid.*, "The Relationship Between the Security Council and the Projected International Criminal Court", *Journal of Armed Conflict Law*, Vol. 3, No. 1, 1998, pp. 97-119; OOSTHUIZEN, G.H., "Some Preliminary Remarks on the Relationship Between the Envisaged International Criminal Court and the UN Security Council", *Netherlands International Law Review*, Vol. 46, No. 3, 1999, pp. 313-342; YAVAŞ, E., "The Critical Analysis Of The Relationship Between The International Criminal Court And The United Nations Security Council", *Journal of Judgments by the Court of Jurisdictional Disputes/Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Vol. 6, 2015, pp. 609-619; YEE, L., "The International Criminal Court and The Security Council: Articles 13(b) and 16", en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, op. cit., pp. 143-152.

⁸³ Pueden consultarse, en términos generales: SCHABAS, W.A. y PECORELLA, G., "Article 13", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 690-702.

⁸⁴ Véase KAECKENBEECK, G., "La Charte de San Francisco dans ses rapports avec le droit international", *Recueil des Cours*, Vol. 70, 1947, pp. 109-276, en especial pp. 166-181 y pp. 231-250.

de las funciones más importantes y que dan sentido a su actividad. De este modo, “[a] fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales”. Sin perjuicio de la atribución de otras competencias, como las que tienen que ver con el ámbito del arreglo pacífico de las controversias internacionales que le confiere el Capítulo VI de la Carta, y que son concurrentes con las de la Asamblea General, la intervención del Consejo en las situaciones que sean susceptibles de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad constituyen su cometido estelar⁸⁵. No en vano la profesora CANO LINARES señala que dichas competencias “constituyen casi la razón de ser de este órgano.⁸⁶” Además, según el profesor PASTOR RIDRUEJO, estaríamos, “por decirlo de un modo gráfico, ante algo así como un embrión de poder ejecutivo de la Comunidad internacional.⁸⁷” Ahora bien, hay quienes aprecian una alteración de las “reglas de la Organización”, teniendo en cuenta la práctica reciente del Consejo, sobre todo a partir de los años 1990, y quienes reconocen una ampliación de sus poderes y una actuación *ultra vires*⁸⁸; y otros que incluso denuncian la falta de un mecanismo de supervisión legal vinculante⁸⁹.

⁸⁵ Asimismo, la Carta atribuye otras competencias al Consejo de Seguridad, como las relativas a la admisión de nuevos Miembros en la Organización, su expulsión de ésta, o la suspensión de sus derechos. Además, las competencias relativas a la elección de los Jueces de la Corte Internacional de Justicia, la ejecución forzosa de sus fallos y la posibilidad de solicitar de ésta un dictamen sobre una cuestión de índole jurídica.

⁸⁶ CANO LINARES, M.A., *La actividad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en caso de amenaza a la paz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 32-113, at pp. 44 y ss.

⁸⁷ PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 22ª ed., 2018, pp. 763-767.

⁸⁸ Sobre este debate véanse, entre otros: ABELLÁN HONRUBIA, V., “La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Fundamento jurídico y discrecionalidad política”, en PÉREZ GONZÁLEZ, M. (coord.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid: Tecnos, 1993, pp. 3-18; AZNAR GÓMEZ, M.J., *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, Madrid: Biblioteca Diplomática Española, Ministerio de Asuntos Exteriores, 2000, p. 78; GOWLLAND-DEBBAS, V., “The Relationship Between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case”, *American Journal of International Law*, Vol. 88, No. 4, 1994, pp. 643-677; SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., “Réplica: Cuestiones de legalidad en las acciones armadas contra Irak”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 43, No. 1, 1991, pp. 117-122; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posibles soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 12, 2012, pp. 365-406.

⁸⁹ Véase ALVAREZ, J.E., “Judging the Security Council”, *American Journal of International Law*, Vol. 90, No. 1, 1996, pp. 1-39, at pp. 2-3; AKANDE, D., “The International Court of Justice and the

Una de las cuestiones que ocupó la atención de la Comisión de Derecho Internacional a la hora de incluir en el texto del Estatuto de Roma una disposición semejante al artículo 13 b), fue la de que el reconocimiento de esa facultad o poder de remisión no debe alterar ni incidir en la configuración competencial dispuesta por la Carta de las Naciones Unidas. En concreto, se estableció que dicho poder:

«[...] no tiene el propósito en modo alguno de aumentar las facultades del Consejo definidas en la Carta⁹⁰» [ni tampoco] “toma posición en cuanto al alcance de las facultades del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta ni en otro sentido, ni en cuanto a las situaciones en que conviene que esas facultades se ejerzan⁹¹.»

Como resultado de los redactores de la Carta de asegurar esa acción rápida y eficaz, los poderes que el Consejo de Seguridad asume en virtud del Capítulo VII “are extremely far-reaching and subject to very few express limitations.”⁹² Lo anterior quiere decir que, si el Consejo determina efectivamente “la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, como dice el artículo 39 de la Carta, entonces podrá hacer recomendaciones o decidir qué medidas serán tomadas, a saber, medidas provisionales; o bien tomará medidas coercitivas que no impliquen el uso de la fuerza armada o, en el caso más grave y según las exigencias de cada situación, medidas que supongan el despliegue de fuerzas militares.

En este momento, resulta obligada la referencia al artículo 39 de la Carta, que abre el Capítulo VII (*Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*), con el siguiente tenor:

«El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.»

Security Council: Is there Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations?”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 2, 1997, pp. 309-343, at pp. 315-316; DE WET, E., *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 412; ROBERTS, K., “Second-Guessing the Security Council: The International Court of Justice and Its Power of Judicial Review”, *Pace International Law Review*, Vol. 7, No. 2, 1995, pp. 281-327, at pp. 312 y ss.

⁹⁰ UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1, p. 40, para. 1.

⁹¹ *Ibid.*, p. 41, para. 6.

⁹² SIMMA, B. et al., *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Second Edition, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 702-716, at p. 705.

Independientemente de la naturaleza del conflicto⁹³, en cualquier caso, sea interno o internacional, éste debe representar una situación que amanece a la paz y la seguridad internacionales⁹⁴, como condición que legitimaría la actuación del Consejo para remitir una situación determinada a la Fiscalía de la Corte. En este sentido, la profesora LÓPEZ MARTÍN se refiere a la *amenaza a la paz*, afirmando que ésta podría entenderse “no sólo como un conflicto entre Estados sino como una

⁹³ El Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra no contiene una definición de *conflicto armado interno*. Entonces, ¿qué debe entenderse por “conflicto armado no internacional”? «Esta es la gran pregunta que se planteó con perspicacia en numerosas ocasiones en la Conferencia Diplomática. La expresión es tan general, tan vaga, que muchas delegaciones temían que cubriese todo acto cometido por la fuerza de las armas, o sea, cualquier forma de anarquía, de rebelión, incluso de simple bandidaje. ¿Basta, por ejemplo, que un puñado de individuos se rebelen contra el Estado y ataquen un puesto de policía para que haya conflicto armado en el sentido del presente artículo? Para responder a estos interrogantes se había previsto, o bien definir el conflicto o bien –lo que viene a ser lo mismo– enumerar una serie de condiciones para que el Convenio fuese aplicable. Finalmente se renunció a ello y nos parece que se obró atinadamente. No obstante, aunque estas diferentes condiciones no tienen ningún carácter obligatorio, constituyen criterios convenientes. Por esta razón, nos parece útil dar la lista de ellos, extraída de las diversas enmiendas discutidas: 1. Que la parte en rebelión contra el Gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el Convenio. 2. Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional. 3. a) Que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien b) que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante; o bien c) que haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o bien d) que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión. 4. a) Que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado. b) Que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional. c) Que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra. d) Que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio. Estos criterios son útiles en cuanto permiten distinguir un verdadero conflicto armado de un simple acto de bandidaje, o de una insurrección desorganizada y de corta duración.» Véase PICTET, J., “Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, *Comité Internacional de la Cruz Roja*, 1998 [Recurso electrónico]. Tomado de Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios, CICR, Plaza & Janés Editores Colombia S.A., 1998. Consulta en línea realizada el 26 de enero de 2019.

⁹⁴ En opinión del TPIY, incluso si un conflicto armado fuera considerado simplemente como un “conflicto armado interno”; «it would still constitute a “threat to the peace” according to the settled practice of the Security Council and the common understanding of the United Nations membership in general. [...] It can thus be said that there is a common understanding, manifested by the “subsequent practice” of the membership of the United Nations at large, that the “threat to the peace” of Article 39 may include, as one of its species, internal armed conflicts.» Vid. ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Chamber, “Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, Judgement of 2 October 1995 (Case No. IT-94-1-T), para. 28 y ss.

situación interna muy grave que suponga una amenaza actual para la paz por sus posibles repercusiones internacionales⁹⁵”.

En palabras del profesor SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, dicho artículo 39 de la Carta “indica cuándo, cómo y con qué finalidad actúa el Consejo de Seguridad.⁹⁶” Así, resulta que la respuesta al primer interrogante que plantea el autor, este órgano actuará cuando determine que existe alguno de los tres supuestos relatados por la mencionada norma. Además, según el profesor, “ello entraña una competencia exclusiva en orden a la *calificación* del supuesto⁹⁷”, lo cual significa que cuando el Consejo actúa en el marco del Capítulo VII admite, implícitamente, que está ante una *amenaza a la paz*, un *quebrantamiento de la paz* o un *acto de agresión*. De ahí que, el poder de *calificación* sea una de las facultades más reseñables a la hora de hablar de las competencias que asume el Consejo en el marco de dicho Capítulo, ya que supone, al margen de los Estados Miembros que lo integran, adoptar un juicio de valor propio y de forma completamente *discrecional*. Se trata, efectivamente, de una capacidad monopolista “impregnada de consideraciones de tipo político⁹⁸”, sobre las que los Miembros del órgano político pueden ejercer el *derecho de veto*⁹⁹.

Haciendo uso de sus competencias, el Consejo de Seguridad ha calificado de “agresión” los actos perpetrados en los años setenta relativos a la situación en Rodesia del Sur contra Mozambique¹⁰⁰ y contra Zambia¹⁰¹, así como contra otros Estados africanos¹⁰²; así como, las actuaciones de la República de Sudáfrica contra sus vecinos¹⁰³; y los ataques armados perpetrados por Israel contra el territorio

⁹⁵ LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Embargo y bloqueo aéreo en la práctica reciente del Consejo de Seguridad: del conflicto del Golfo al caso de Libia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 46, No. 1, 1994, pp. 39-59. Esta cita aparece en la versión original del documento publicada en el *Repositorio de la producción académica en abierto de la Universidad Complutense de Madrid*, conocido como “E-Prints Complutense”. Véase, en especial, p. 4.

⁹⁶ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “La invasión de Kuwait por Irak y la acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1991, pp. 15-60, at p. 23.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Sobre el *derecho de veto* volveremos más adelante, concretamente, en el epígrafe 4.6, *infra*.

¹⁰⁰ Véase CSNU, Resolución 386 (1976), de 17 de marzo [UN Doc. S/RES/386 (1976), para. 2] y la Resolución 411 (1977), de 30 de junio [UN Doc. S/RES/411 (1977), para. 1].

¹⁰¹ CSNU, Resolución 424 (1978), de 17 de marzo [UN Doc. S/RES/424 (1978), para. 1].

¹⁰² CSNU, Resolución 445 (1979), de 8 de marzo [UN Doc. S/RES/445 (1979), para. 1].

¹⁰³ Véanse las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad: Resolución 387 (1976), de 31 de marzo, contra Angola [UN Doc. S/RES/387 (1976), para. 1]; Resolución 546 (1984), de 6 de enero, contra Angola [UN Doc. S/RES/546 (1984), para. 1]; Resolución 571 (1985), de 20 de septiembre,

de Túnez¹⁰⁴. Por su parte, en otras situaciones, el Consejo ha declarado que existe un “quebrantamiento de la paz”. Así, por ejemplo, lo hizo en la región de las Islas Malvinas (Falkland Islands) o en lo concerniente al conflicto armado entre el Irán e Irak¹⁰⁵. Finalmente, una de las determinaciones más frecuentes es calificar una situación de amenaza a la paz¹⁰⁶. Por ejemplo, en la situación relativa a la invasión de Kuwait por Irak, el Consejo de Seguridad había requerido, primeramente, la retirada inminente del país invasor del territorio kuwaití, y posteriormente, ante el constatado incumplimiento de esas exigencias, impuso el régimen de sanciones a través de la Resolución 660 (1990), de 2 de agosto, estableciendo en esta ocasión que actúa de conformidad con los artículos 39 y 40 de la Carta¹⁰⁷.

La cuestión de saber cuándo nos encontramos ante un “quebrantamiento de la paz” o un “acto de agresión” reviste una gran incertidumbre, precisamente porque la calificación de un acto como amenaza, quebrantamiento o agresión se fundamenta en la amplísima discrecionalidad que el artículo 39 otorga al Consejo de Seguridad, lo que hace que la situación sea calificada atendiendo a criterios de

contra Angola [UN Doc. S/RES/571 (1985), para. 1]; Resolución 568 (1985), de 21 de junio, contra Botsuana [UN Doc. S/RES/568 (1985), para. 1]; Resolución 527 (1982), de 15 de diciembre, contra Lesoto [UN Doc. S/RES/527 (1982), para. 1].

¹⁰⁴ CSNU, Resolución 573 (1985), de 4 de octubre [UN Doc. S/RES/573 (1985), para. 1] y Resolución 611 (1988), de 25 de abril [UN Doc. S/RES/611 (1988), para. 1].

¹⁰⁵ A título de ejemplo, pueden consultarse las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad: Resolución 502 (1982), de 3 de abril, sobre el conflicto de las Islas Malvinas [UN Doc. S/RES/502 (1982)], y la Resolución 598 (1987), de 20 de julio, relativa al conflicto armado entre el Irán e Irak [UN Doc. S/RES/598 (1987)].

¹⁰⁶ En este sentido, procede indicar que el concepto de “amenaza a la paz” se ha ido extendiendo por el Consejo de Seguridad con el paso del tiempo; se trata de un término jurídico indeterminado y no definido en la Carta. Pueden consultarse, a este respecto, entre otros: CONFORTI, B., “Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité en matière de constatation d’une menace contre la paix, d’une rupture de la paix ou d’un acte d’agression”, en DUPUY, R.J. (ed.), *The Development of the Role of the Security Council, Colloque/Workshop Series of The Hague Academy of International Law* 1992, Vol. 13, 1993, pp. 51-60; GAZZINI, T., *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, New York, NY: Juris Publishing, 2005, pp. 31-35; KOOIJMANS, P.H., “The Enlargement of the Concept ‘Threat To The Peace’”, en DUPUY, R.J. (ed.), *The Development of the Role of the Security Council, Colloque/Workshop Series of The Hague Academy of International Law* 1992, Vol. 13, 1993, pp. 111-121; ÖSTERDAHL, I., *Threat to the Peace. The Interpretation by the Security Council of Article 39 of the UN Charter*, Uppsala: Iustus Forlag, 1998, pp. 18 y ss.; SOREL, J.-M., “L’élargissement de la notion de menace contre la paix”, en Société française pour le droit international, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes, 50^{ème} anniversaire des Nations Unies*, Paris: Pedone, 1995, pp. 4 y ss.

¹⁰⁷ CSNU, Resolución 660 (1990), de 2 de agosto [UN Doc. S/RES/660 (1990)]. El Consejo calificó la situación de “quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales”, a causa de la invasión, cuando ello es circunstancia más que suficiente para calificar la situación de “acto de agresión”.

oportunismo político¹⁰⁸. Si bien la calificación de una situación como amenaza a la paz puede ser más frecuente en la práctica del Consejo, no podemos afirmar lo mismo respecto de las situaciones calificadas como quebrantamiento, ni mucho menos con los supuestos de agresión, que son todavía más escasos. No obstante, teniendo en cuenta la reticencia del órgano de utilizar dichos calificativos, puesto que denotan un uso de la fuerza armada contrario a la Carta en el marco de un conflicto armado abierto y declarado, lo cierto es que el mismo los ha invocado a lo largo de su trayectoria¹⁰⁹.

En realidad, es el Consejo de Seguridad quien “determinará” con carácter previo si existe una de las situaciones mencionadas en el artículo 39 de la Carta, la cual justifica el uso de los “poderes excepcionales” del Capítulo VII (*exceptional powers*)¹¹⁰, constituyendo el “primer paso para la posible activación del sistema de seguridad colectiva”¹¹¹. En consecuencia, es también el Consejo quien elegirá la *reacción* sobre la situación de que se trate. Pues, éste hará *recomendaciones* —por ejemplo, si considera, finalmente, no utilizar dichos poderes excepcionales, sino continuar operando en el marco del Capítulo VI de la Carta—, o bien *decidirá* qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales¹¹². En cualquiera de los casos, como veremos más adelante, la determinación de que existe tal amenaza no es una *discreción totalmente libre*, dado que debe permanecer, al menos, dentro de los

¹⁰⁸ ROSSEL CASTAGNETO, M.L., “El Consejo de Seguridad y el Nuevo Orden Internacional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXIII, 2002, pp. 513-531, at p. 517.

¹⁰⁹ Por ejemplo, resulta conveniente mencionar los casos en los que el Consejo de Seguridad ha determinado situarse ante un *quebrantamiento de la paz*. Esta calificación la encontramos sólo en cuatro conflictos armados: los conflictos producidos durante la Guerra de Corea, el conflicto de las Islas Malvinas, la Guerra entre el Irán e Irak, y, por último, la invasión de Kuwait por Irak en 1990. Se trata de situaciones en las que se ha producido un uso de la fuerza armada en un conflicto bélico declarado. Sin embargo, la expresión ha sido también utilizada para no recurrir al término “agresión”, cuando materialmente se había cometido un “acto de agresión”.

¹¹⁰ En este sentido se ha pronunciado el TPIY sobre el poder del Consejo de Seguridad para invocar el Capítulo VII: vid. ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Chamber, “Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, Judgement of 2 October 1995 (Case No. IT-94-1-T), paras. 28 *et seq.*

¹¹¹ Véase REGUEIRO DUBRA, R., *La legítima defensa en Derecho Internacional*, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, 2012, p. 82. Además, puede consultarse la obra de BENNOUNA, M., “La sécurité collective”, en “Le droit international entre la lettre et l’esprit. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours*, Vol. 383, 2016, pp. 9-231, at pp. 57-79.

¹¹² ICTY, Case No. IT-94-1-T, para. 29.

límites establecidos por la propia Carta, como son los Propósitos y los Principios de ésta.

En primer lugar, el Consejo de Seguridad puede, *ex* artículo 40 de la Carta, “instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables.”¹¹³ Se trata de una de las medidas típicas dentro del Capítulo VII, y su naturaleza provisional está relacionada tanto con el objeto que se persigue conseguir con ellas —que es evitar la agravación del conflicto—, como con los límites establecidos en su contenido, ya que las mismas no pueden, ni deben, perjudicar “los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas.”¹¹⁴ De esta manera, cabe inducir que el Consejo pasará a adoptar las medidas de los artículos 41 y 42 para hacer efectivas sus decisiones, cuando se haya constatado que las partes en el conflicto o la situación hayan ignorado las recomendaciones o las medidas provisionales que el órgano les haya dirigido con arreglo a los artículos 39 y 40¹¹⁵, de forma respectiva¹¹⁶. Así, por ejemplo, una de las medidas provisionales adoptadas por el Consejo de Seguridad fue la creación

¹¹³ En su integridad, el Art. 40 de la Carta establece que: «A fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el Artículo 39, podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. El Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales.»

¹¹⁴ Véanse CONFORTI, B. y FOCARELLI, C., *The Law and Practice of the United Nations*, Leiden: Brill-Nijhoff, 5ª ed. rev., 2016, pp. 214 y ss., at pp. 240 y ss.; KOOIJMANS, P.H., “Provisional Measures of the UN Security Council”, en DENTERS, E. y SCHRIJVER, N.J. (eds.), *Reflections on International Law from the Low Countries. In Honour of Paul de Waart*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 289-300; MAURIZIO, A., “L’articolo 40 della Carta delle Nazioni Unite e le misure provvisorie del Consiglio di Sicurezza”, en *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples: Editoriale Scientifica, 2004, Vol. 3, pp. 1467-1526; NARAYANA RAO, R., “Is Article 39 Action Necessary for Taking Provisional Measures Contemplated Under Article 40 of the UN Charter?”, *Indian Journal of International Law*, Vol. 37, No. 1, 1997, pp. 62-78.

¹¹⁵ En su práctica, el Consejo ha adoptado medidas provisionales, catalogándolas expresamente de esta manera, aunque sin mencionar el Art. 40, en sus resoluciones: Resolución 836 (1993), de 4 de junio [UN Doc. S/RES/836 (1993), para. 6]; Resolución 986 (1995), de 14 de abril, *sobre el permiso de la importación de petróleo y de productos derivados del petróleo procedentes de Irak* [UN Doc. S/RES/986 (1995), considerando 3º].

¹¹⁶ Las medidas del Art. 40 de la Carta están pensadas para remediar temporalmente la situación de que se trate, «[a] fin de evitar que la situación se agrave», y sin que tales medidas provisionales puedan perjudicar los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. Pueden consultarse sobre esta cuestión los comentarios al Art. 40 en SIMMA, B., *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Second Edition, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 729-735.

de las llamadas “zonas seguras” en Bosnia y Herzegovina¹¹⁷ durante el conflicto en el territorio de la antigua Yugoslavia, que fueron acordadas en respuesta a una situación de emergencia con el *objetivo primordial* de “eliminar las consecuencias de la utilización de la fuerza y permitir que todas las personas desplazadas de sus hogares en la República de Bosnia y Herzegovina regresen a ellos en paz”¹¹⁸. Por su parte, durante el conflicto entre el Irak y Kuwait, el Consejo ha adoptado también medidas provisionales “para atender a las necesidades humanitarias del pueblo iraquí” hasta el cumplimiento por ese país de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad¹¹⁹.

En segundo lugar, en cuanto a las *medidas que no impliquen el uso de la fuerza*, resulta que el Consejo de Seguridad ha invocado expresamente el artículo 41 de la Carta en la cuestión relativa a la situación en Rodesia del Sur, cuando manifestó que actúa “de conformidad con los Artículos 39 y 41 de la Carta de las Naciones Unidas¹²⁰”, imponiendo a los Estados Miembros una serie de medidas destinadas a paliar el conflicto, tales como: medidas de no importación de ciertos productos en el territorio de Rodesia, prohibición de todas las transacciones que se realicen por sus nacionales o en su territorio, prohibición de ventas de armas, municiones de toda clase, aviones y vehículos militares, así como la transferencia de fondos y el abastecimiento de petróleo. Además, en esta ocasión el Consejo aprovechó la oportunidad para recordar a los Estados Miembros que “el incumplimiento de la presente resolución por cualquiera de ellos, o su negativa a cumplirla, constituirá una violación del Artículo 25 de la Carta¹²¹”. Esto, extrapolado a las resoluciones de remisión a la Fiscalía de la Corte *ex* Capítulo VII de la Carta, viene a significar que, si el Estado destinatario de la remisión niega la jurisdicción de la Corte sobre sus nacionales y sobre su territorio, incumpliría, en última instancia, el mandato o la medida impuesta por el Consejo, lo cual podría acarear su responsabilidad estatal en el plano internacional frente a las Naciones Unidas.

¹¹⁷ Que figura en las resoluciones del Consejo de Seguridad: Resolución 819 (1993), de 16 de abril [UN Doc. S/RES/819 (1993)] y Resolución 824 (1993), de 6 de mayo [UN Doc. S/RES/824 (1993)].

¹¹⁸ UN Doc. S/RES/836 (1993), para. 6.

¹¹⁹ UN Doc. S/RES/986 (1995), considerando 3º.

¹²⁰ CSNU, Resolución 232 (1966), de 16 de diciembre [UN Doc. S/RES/232 (1966), considerando 4º].

¹²¹ *Ibid.*, para. 3.

En este sentido, conviene recordar que la remisión del Consejo, aunque se refiere a una situación en general, que tiene como fin último relegar a un órgano jurisdiccional la depuración de responsabilidad penal individual de los máximos responsables, no excluirá la responsabilidad internacional del Estado en el que se hayan cometido los hechos delictivos, si se le considere como responsable de un ilícito internacional, como sería el incumplimiento de una resolución del Consejo. Es decir, la responsabilidad penal del acusado del crimen no afecta, en absoluto, las posibles responsabilidades que pueda acarrear la actuación disconforme del Estado territorial, y que, además, puede dar lugar a la aplicación del Capítulo VII por una segunda vez, según lo determine el propio órgano político¹²². Según la opinión de CANO LINARES, se trata de “[d]ecisiones que son actos institucionales derivados que gozan de eficacia normativa, dando lugar, por tanto, al nacimiento de obligaciones jurídicas.¹²³”

De esta manera, el artículo 41 autoriza al Consejo de Seguridad a tomar cualquier medida que no implique el uso de la fuerza y que considere adecuada para asegurar el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, siempre que se mantenga dentro del marco competencial general establecido por la Carta y, en particular, el Capítulo VII de ésta¹²⁴. Pues, éste es el límite material al que el Consejo estaría obligado cuando decide adoptar medidas de no uso de la fuerza según el artículo 41, inclusive la creación de tribunales internacionales, aunque entendemos que este último poder se vería cada vez más residual, si tenemos en cuenta la autoridad que se le reconoce en virtud del artículo 13 b) del Estatuto de Roma¹²⁵.

¹²² Como ya señalamos en el Capítulo I, *supra*, la responsabilidad del Estado puede coexistir en el tiempo con la responsabilidad penal individual de uno o varios de sus dirigentes, sin que por ello sean excluyentes. Es más, un Estado como sujeto de Derecho Internacional puede ser responsable por el incumplimiento de una obligación internacional suya y, al mismo tiempo, sus funcionarios pueden responder a título individual de sus propios actos en caso de haber cometido alguno de los crímenes de la competencia material de la Corte.

¹²³ Véase CANO LINARES, M.A., *La actividad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en caso de amenaza a la paz*, *op. cit.*, p. 50.

¹²⁴ Véanse los comentarios sobre el Art. 41 de la Carta en SIMMA, B. *et al.*, *The Charter of the United Nations. A Commentary*, *op. cit.*, pp. 735-749, at p. 742, para. 18.

¹²⁵ Véase AKSAR, Y., *Implementing International Humanitarian Law. From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Abingdon, Oxon: New York, NY: Routledge, 2004, pp. 7 y ss., en especial at pp. 43 y ss.; DE WET, E., “The Relationship between the International Criminal

Por último, en lo que concierne a las *medidas que impliquen el uso de la fuerza armada*, el artículo 42 de la Carta permite al Consejo de Seguridad ejercer:

«[...] por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.»

El artículo 42 no ha sido jamás invocado expresamente por el Consejo de Seguridad, limitándose éste a emplear fórmulas genéricas como las que podemos apreciar en el caso de la invasión de Kuwait por las fuerzas militares iraquíes. El Consejo había autorizado el uso de la fuerza, con el fin de restablecer la soberanía, independencia e integridad territorial de Kuwait, *autorizando* a todos los Estados Miembros a que:

«[...] cooperen con el Gobierno de Kuwait para que [...] *utilicen todos los medios necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660 (1990)* y todas las resoluciones pertinentes aprobadas ulteriormente y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región¹²⁶».

Como se pronuncia AZNAR GÓMEZ, el Consejo de Seguridad, en virtud de las amplias prerrogativas que le concede la Carta, no está obligado a adoptar las medidas a que se refieren los artículos 40, 41 y 42 por este orden, sino que “puede directamente ir al artículo 42 o moverse con entera libertad en la nebulosa de su poderes implícitos o generales *ex* artículo 24¹²⁷. Aunque, en su *praxis* generalizada el Consejo de Seguridad suele exigir el cumplimiento de determinadas medidas y, ante el incumplimiento de las mismas, procede a sancionar dicha conducta de las partes implicadas¹²⁸.

Court and *Ad Hoc* Criminal Tribunals: Competition or Symbiosis?”, *Die Friedens-Warte*, Vol. 83, No. 4, 2008, pp. 33-57.

¹²⁶ CSNU, Resolución 678 (1990), de 29 de noviembre [UN Doc. S/RES/678 (1990), para. 2]. Énfasis añadido.

¹²⁷ AZNAR GÓMEZ, M.J., *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, *op. cit.*, p. 76.

¹²⁸ Véase CARDONA LLORENS, J., “La aplicación de medidas que implican el uso de la fuerza armada por el Consejo de Seguridad para hacer efectivas sus decisiones”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 47, No. 1, 1995, pp. 9-32.

Además, cabe decir que las decisiones que el Consejo de Seguridad llegue a adoptar en el cumplimiento de estas medidas poseen carácter obligatorio para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, ya que, según el artículo 25 de la Carta, dichos Miembros “convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.”¹²⁹ Ello quiere decir que cuando el Consejo no *recomienda*, sino que *decide* en virtud de dicho Capítulo VII, adopta decisiones jurídicamente vinculantes respecto de situaciones que amenazan a la paz internacional. En este sentido, VERDROSS ha indicado a tal respecto que “[l]es constatations de l’article 39 ne sont pas de simples recommandations, mais de décisions, il n’est pas douteux qu’ils sont obligatoires pour tous les membres de l’Organisations”¹³⁰. En palabras de YEE sobre el artículo 13 b) del Estatuto, éste lo que hace es reconocer la acción coercitiva del Consejo cuando actúa en el marco del Capítulo VII:

«Article 13(b) of the Statute thereby acknowledges the enforcement powers of the Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, to refer a situation to the Prosecutor in which one or more crimes falling within the jurisdiction of the Court appears to have been committed. These enforcement powers of the Security Council bind all Members of the United Nations¹³¹.»

Una vez que el Consejo de Seguridad haya efectuado dicha determinación, que es absolutamente necesaria para poder desencadenar el mecanismo de acción coercitiva¹³², entre las múltiples medidas que puede decidir de conformidad con el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas está la remisión de una situación a la Fiscalía de la Corte por representar aquélla una “amenaza a la paz”. Pues, en efecto, en este momento debemos establecer la vinculación entre los crímenes que

¹²⁹ Sobre el carácter obligatorio de las medidas que adopta el Consejo de Seguridad pueden verse los comentarios a los Arts. 40, 41 y 42 de la Carta en: FROWEIN, J.A. y KRISCH, N., “Article 40”, en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2010, pp. 729-735 (paras. 13-15); *Ibid.*, “Article 41”, *op. cit.*, pp. 735-749 (para. 8); *Ibid.*, “Article 42”, *op. cit.*, pp. 749 y ss. (para. 19).

¹³⁰ VERDROSS, A., “Idées directrices de l’Organisation des Nations Unies”, *Recueil des Cours*, Vol. 83, 1953, pp. 1 y ss., en especial pp. 52-69, at p. 53.

¹³¹ YEE, L., “The International Criminal Court and The Security Council: Articles 13(b) and 16”, *op. cit.*, p. 147. Énfasis añadido.

¹³² La *determinación* consiste en una constatación de los hechos por el Consejo de Seguridad y no puede ser contestada por los Estados Miembros. Véase BINDSCHEDLER, R.L., “La délimitation des compétences des Nations Unies”, *Recueil des Cours*, Vol. 108, 1963, pp. 307-424, en especial p. 366.

conforman la competencia material de la Corte estudiada en el Capítulo I, *supra*, de esta tesis, y la actividad del Consejo de Seguridad en caso de una amenaza a la paz¹³³. Así lo ha reconocido este órgano, subrayando que “el mejoramiento del respeto de los derechos humanos, incluida una vigilancia internacional adecuada de la situación al respecto, es una medida esencial para el restablecimiento de la confianza entre las partes y el fomento de una paz duradera¹³⁴”.

En este contexto, el propio Estatuto de Roma reconoce explícitamente “que esos graves crímenes *constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*¹³⁵”, lo que más tarde ha sido corroborado por la *praxis* del Consejo de Seguridad, concretamente en su primera y segunda remisiones a la Fiscalía de la Corte. De este modo, en la Resolución 1593 (2005), el Consejo *determina* “que la situación en el Sudán sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales¹³⁶”, además de hacer notoria su actuación en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, aunque sin especificar sobre qué artículo del Capítulo fundamenta tal acción. Por lo que se refiere a la segunda remisión, la Resolución 1970 (2011) no califica en ningún momento la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia como una “amenaza a la paz”, aunque sí *deplora* “la grave y sistemática violación de los derechos humanos¹³⁷”, y reconoce que, según la Carta de las Naciones Unidas, “le incumbe la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales¹³⁸”. De esta manera, el Consejo ha dejado en evidencia la relación que existe entre las violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos respecto de una situación determinada, y la afección que la misma representa para la paz y seguridad internacionales. No

¹³³ Sobre esta cuestión puede consultarse GOWLLAND-DEBBAS, V., “The Security Council and Issues of Responsibility under International Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 353, 2011, pp. 185-444, en especial el Capítulo III: “The relationship between collective security and individual criminal responsibility”, pp. 298-346. Igualmente, puede consultarse CARDONA LLORENS, J., “La Corte Penal Internacional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, en CARDONA LLORENS, J., GÓMEZ COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 61-103.

¹³⁴ Entre otras, CSNU, Resolución 981 (1995), de 31 de marzo, *sobre establecimiento de una operación de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz en la República de Croacia* [UN Doc. S/RES/981 (1995), p. 2].

¹³⁵ Preámbulo del Estatuto de Roma, considerando 3º. Énfasis añadido.

¹³⁶ UN Doc. S/RES/1593 (2005), considerando 5º.

¹³⁷ UN Doc. S/RES/1970 (2011), considerando 2º.

¹³⁸ *Ibid.*, para 15.

obstante, a diferencia de la Resolución 1593, en su segunda remisión a la Fiscalía, el Consejo reconoció, *expressis verbis*, que el poder de remisión se enmarca en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, como una medida coercitiva que no implica el uso de la fuerza¹³⁹.

A los efectos del presente capítulo, prestaremos atención a las medidas del artículo 41 de la Carta por guardar una relación ya demostrada con el objeto de nuestro estudio, con lo cual, tanto las medidas provisionales del artículo 40, así como las medidas que impliquen el uso de la fuerza armada del artículo 42 de la Carta, no serán objeto de atención en esta parte, dado que carecen de incidencia sobre las remisiones que el Consejo de Seguridad llegue a decidir en el marco del Capítulo VII.

4.2. La creación de tribunales penales internacionales *ex* artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas y la remisión de situaciones a la Corte Penal Internacional *ex* artículo 13 b) del Estatuto de Roma

De la lectura del artículo 41 de la Carta, resulta destacable que las medidas establecidas en tal precepto tienen carácter meramente ilustrativo o, dicho de otra manera, se trata de una lista ejemplificativa o *numerus apertus*, que no agota en sí misma las posibilidades de actuación del Consejo de Seguridad. La norma señala de forma expresa las siguientes: la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas. Como vemos, se trata de medidas como la imposición de restricciones económicas y diplomáticas, la creación de obligaciones jurídicas para el Estado objeto de las medidas, la creación de tribunales internacionales o la administración internacional de territorios.

La creación de tribunales penales internacionales no se menciona entre las medidas establecidas en los artículos 40 a 42, aunque lo que sí parece claro es que

¹³⁹ En efecto, en la Resolución 1970 el Consejo de Seguridad dijo: «Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y adoptando medidas con arreglo al Artículo 41».

tampoco se trata de una medida que implique el uso de la fuerza armada. Por su parte, todo lo que exige el artículo 41 es que la medida que se adopte no implique “el uso de la fuerza armada”. Por lo tanto, estamos ante una definición en sentido negativo, incluyendo todo tipo de medida que decida el Consejo, aunque no esté expresamente contemplada en la Carta. Es, por ello que, *prima facie*, parece que la creación de un tribunal internacional encaja perfectamente con la descripción del artículo 41, al tratarse, indudablemente, de una medida de naturaleza no militar, pero tampoco provisional en el sentido del artículo 40 de la Carta¹⁴⁰.

Ahora bien, ello no excluye la posibilidad para que el Consejo adopte otro tipo de medidas coercitivas que no estén explícitamente mencionadas en la Carta, pero que se consideran adecuadas y eficaces para afrontar la situación de que se trate, sin recurrir al uso de la fuerza¹⁴¹. Esto mismo sucedió el 25 de mayo de 1993 cuando, por primera vez en su historia, el Consejo, sobre la base del artículo 41 de la Carta, determinó que las violaciones generalizadas y flagrantes del Derecho Internacional Humanitario ocurridas en el territorio de la antigua Yugoslavia y, especialmente en la República de Bosnia y Herzegovina, *constituían* una amenaza para la paz y la seguridad internacionales¹⁴². En esta ocasión, el Consejo actuaba “de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”, aunque sin invocar el artículo 41 de ésta, resuelto “a poner fin a tales crímenes y a tomar medidas eficaces para hacer comparecer ante la justicia a los responsables¹⁴³” de tales conductas criminales. Estas calificaciones, siendo la expresión discrecional y oportunista del Consejo¹⁴⁴, hicieron que el mismo decidiera lo que sigue:

«Decide establecer un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1º de enero de

¹⁴⁰ En este sentido se ha pronunciado el TPIY: ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Chamber, “Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction”, Judgement of 2 October 1995 (Case No. IT-94-1-T), paras. 33-34.

¹⁴¹ Ello quiere decir que, no se excluye la posibilidad para que el Consejo de Seguridad, haciendo uso de su amplia discrecionalidad a la hora de escoger la medida más apropiada para hacer frente a una situación que amenace la paz y la seguridad internacionales, pudiera decidir que la creación de un órgano jurisdiccional de naturaleza penal sería la medida más idónea para un caso concreto e individualizado.

¹⁴² CSNU, Resolución 827 (1993), de 25 de mayo [UN Doc. S/RES/827 (1993), considerandos 3º y 4º].

¹⁴³ *Ibid.*, considerando 5º.

¹⁴⁴ REMIRO BROTONS, A., “Crimen de agresión, crimen sin castigo”, *Agenda Internacional*, Vol. XII, No. 23, 2006, pp. 11-37, at p. 17.

1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la paz y, con ese fin, aprobar el Estatuto del Tribunal Internacional anexo al informe anteriormente mencionado¹⁴⁵».

Ahora bien, debemos destacar que la autoridad del Consejo de Seguridad para participar en cuestiones de naturaleza criminal, como es la creación de una jurisdicción penal internacional *ad hoc*, o como sería más tarde la remisión de una situación a la Fiscalía de la CPI, había sido inicialmente disputada, aunque pronto fue confirmada en una sentencia del TPIY, en la causa relativa a *Duško Tadić*. Por lo que, desde entonces, esta autoridad no ha sido seriamente cuestionada¹⁴⁶. Ello obedeció, fundamentalmente, a argumentos tales como que el establecimiento de un tribunal *ad hoc* no se encuentra entre las medidas contempladas por el artículo 41 de la Carta¹⁴⁷, o que el Consejo de Seguridad no tiene autoridad ni jurisdicción para afrontar situaciones que tratan de la protección de los derechos humanos¹⁴⁸. Estos argumentos fueron posteriormente rechazados.

De esta manera, la Sala de Primera Instancia del TPIR dijo que la existencia de organismos especializados para la protección de los derechos humanos, como la *Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* o el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, no pueden precluir la posibilidad para que el Consejo de Seguridad tomara acción en ese campo. Más bien al contrario, la protección de los derechos humanos es una responsabilidad que incumbe a todos los órganos de las Naciones Unidas, incluido el Consejo de Seguridad, y sin ningún tipo de limitaciones¹⁴⁹, de conformidad con la Carta de

¹⁴⁵ *Ibid.*, para. 2. La cursiva es nuestra.

¹⁴⁶ Véase ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Chamber, "Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction", Judgement of 2 October 1995, *op. cit.*, paras. 32 *et seq.*; ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Trial Chamber, "Decision on Preliminary Motions", Decision of 8 November 2001 (Case No. IT-02-54), paras. 5 *et seq.*

¹⁴⁷ Siguiendo al TPIY: «The establishment of an international criminal tribunal is not expressly mentioned among the enforcement measures provided for in Chapter VII, and more particularly in Articles 41 and 42. Obviously, the establishment of the International Tribunal is not a measure under Article 42, as these are measures of a military nature, implying the use of armed force. Nor can it be considered a "provisional measure" under Article 40. [...] *Prima facie*, the International Tribunal matches perfectly the description in Article 41 of "measures not involving the use of force."» Vid. ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgement of 2 October 1995, *op. cit.*, paras. 33-34.

¹⁴⁸ ICTR, *Prosecutor v. Joseph Kanyabashi*, Trial Chamber 2, "Decision on the Defence Motion on Jurisdiction", Decision of 18 June 1997 (Case No. ICTR-96-15-T), paras. 27-28.

¹⁴⁹ *Ibid.*, para. 29.

las Naciones Unidas¹⁵⁰. Así, el pronunciamiento de la Sala de Primera Instancia del TPIY, en la causa relativa a *Slobodan Milošević*, hizo notar que:

«[T]he establishment of the International Tribunal with power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia, and with the obligation to guarantee fully the rights of the accused, is, in the context of the conflict in the country at that time, pre-eminently a measure to restore international peace and security. Indeed, the role of the International Tribunal in promoting peace and reconciliation in the former Yugoslavia is highlighted in Security Council resolution 827 which established it. The Appeals Chamber in the *Tadić Jurisdiction Appeal* arrived at the same conclusion and concluded that “the establishment of the International Tribunal falls squarely within the powers of the Security Council under Article 41”¹⁵¹».

En palabras de GOWLLAND-DEBBAS, los mecanismos instituidos en virtud del Capítulo VII de la Carta han desempeñado un papel importante en el proceso de “institucionalización de la responsabilidad penal individual”¹⁵². En realidad, entre dichas medidas se encuentran dos de especial relevancia para el caso de los Estados no Partes en el Estatuto de Roma, que sean Miembros de las Naciones Unidas. Son, en especial, la posibilidad de que el Consejo de Seguridad, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, adopte una medida en virtud del artículo 41 que implique la creación de obligaciones jurídicas para el Estado concernido, imponiéndole la obligación de cooperar plenamente con la Corte y de observar así las disposiciones de un tratado internacional, como el Estatuto de Roma, que ese Estado nunca ha consentido. Otra de las medidas que nos interesan es la que tiene que ver específicamente con la creación de una jurisdicción penal o el poder atribuido al Consejo para remitir situaciones en las que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes de la competencia de la CPI.

En este orden de cosas, los dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* “se establecieron en las particulares circunstancias de la ex Yugoslavia y Ruanda

¹⁵⁰ Pues, entre los Propósitos de las Naciones Unidas figura en el Art. 1.3 el siguiente: «Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión».

¹⁵¹ ICTY, Case No. IT-02-54, para. 7.

¹⁵² Véase GOWLLAND-DEBBAS, V., “The Relationship Between Political and Judicial Organs of International Organisations: The Role of the Security Council in the New International Criminal Court”, *op. cit.*, p. 197.

como medida especial para contribuir a la restauración y el mantenimiento de la paz.¹⁵³” Pues, dichos Tribunales, que fueron creados como órganos subsidiarios del Consejo¹⁵⁴, sirvieron de impulso para la adopción años más tarde del Estatuto de Roma y como precedente para el reconocimiento del importantísimo papel de activación conferido al órgano político¹⁵⁵. Es decir, fueron una razón de peso para incluir una disposición tal como es el artículo 13 b) del Estatuto, legitimando al Consejo para tomar acción en un conflicto determinado sin la necesidad de crear un mecanismo jurisdiccional aparte. Se trataría, podríamos decir, de una acción *intra vires*.

En cualquier caso, entendemos que la autoridad del Consejo de Seguridad en el marco del Estatuto de Roma es procedimental y sustancialmente diferente a la creación de un tribunal *ad hoc*; aunque dicha posibilidad seguiría coexistiendo y queda abierta para el Consejo, si la considerase como la medida más apropiada para afrontar con eficacia un conflicto determinado¹⁵⁶.

Ahora bien, sin perjuicio de la potestad del Consejo de Seguridad de crear tribunales penales internacionales *ad hoc*, la remisión de una situación *ex* artículo 13 b) del Estatuto de Roma es jurídicamente diferente. Así lo viene a reconocer

¹⁵³ CSNU, Resolución 1966 (2010), de 22 de diciembre [UN Doc. S/RES/1966 (2010), considerando 4º]. Los Tribunales Penales Internacionales fueron creados como mecanismos jurisdiccionales en el marco del Capítulo VII de la Carta para enjuiciar a individuos responsables de la comisión de crímenes internacionales. En el año 2010, el Consejo de Seguridad, mediante la Resolución 1966 (2010), creó el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales para concluir la labor iniciada por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. El Mecanismo está integrado por dos subdivisiones que se corresponden a cada uno de los dos Tribunales. La subdivisión del TPIY está situada en La Haya y comenzó sus actividades el 1 de julio de 2013. El Mecanismo continuará la competencia material, territorial, temporal y personal del TPIY y del TPIR, según se establece en los artículos 1 a 8 del Estatuto del TPIY y los artículos 1 a 7 del Estatuto del TPIR, así como los derechos y las obligaciones del TPIY y del TPIR. La subdivisión del TPIR está situada en Arusha y comenzó a funcionar el 1 de julio de 2012.

¹⁵⁴ «In its resolution 827, the Security Council considers that “in the particular circumstances of the former Yugoslavia”, the establishment of the International Tribunal “would contribute to the restoration and maintenance of peace” and indicates that, in establishing it, the Security Council was acting under Chapter VII (S.C. Res. 827, U.N. Doc. S/RES/827 (1993)). However, it did not specify a particular Article as a basis for this action.» ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgement of 2 October 1995, *op. cit.*, para. 32.

¹⁵⁵ ORENTLICHER, D., *Some Kind of Justice. The ICTY's Impact in Bosnia and Serbia*, New York, NY: Oxford University Press, 2018, pp. 15 y ss.; RUIZ VERDUZCO, D., “The Relationship between the ICC and the United Nations Security Council”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁶ En el mismo sentido se pronuncia YEE, L., “The International Criminal Court and The Security Council: Articles 13(b) and 16”, *op. cit.*, p. 146.

LENTNER, cuando establece que: “the legal nature of the SC referral is significantly different from the precedents set by the establishment of the ad hoc tribunals”¹⁵⁷. En todo caso, la posibilidad de remitir una situación prevista en el artículo 13 b), en palabras de CRAWFORD, evitaría la necesidad de crear nuevos tribunales *ad hoc* en el futuro¹⁵⁸. En idéntico sentido se ha pronunciado la Sala de Apelaciones de la Corte en su reciente *Sentencia sobre la remisión de Jordania en la apelación de Al-Bashir*, diciendo que:

«Article 13(b) of the Statute puts the ICC at the disposal of the UN Security Council as a tool to maintain or restore international peace and security, thus obviating the need for the UN Security Council to create new *ad hoc* tribunals for this purpose¹⁵⁹.»

4.3. El fundamento jurídico del poder de remisión. La obligatoriedad jurídica de las decisiones de remisión *ex* Capítulo VII de la Carta

Como hemos podido comprobar en el epígrafe anterior, dentro del amplio espectro de medidas contempladas en el Capítulo VII de la Carta, la creación de una jurisdicción penal internacional *ad hoc* se ajusta mejor a las disposiciones del artículo 41 de ésta, al igual que sucede con las remisiones acordadas por el órgano político *ex* artículo 13 b) del Estatuto¹⁶⁰.

Por lo que se refiere al fundamento jurídico, ya hemos dicho que el mismo hay que buscarlo en la Carta, dado que el Estatuto de Roma tan sólo menciona la preceptiva actuación del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII. Así, según las palabras de TLADI, “[t]he effect of the Security Council is to *confer on the*

¹⁵⁷ LENTNER, G.M., *The UN Security Council and the International Criminal Court. The Referral Mechanism in Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁸ Véase en United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Committee of the Whole, Official Records, Volume II, *Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 2nd Plenary Meeting, Monday, 15 June 1998, at 3.10 p.m.*, UN Doc. A/CONF.183/13 (Vol.II), p. 71, para. 104.

¹⁵⁹ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, “Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal”, 6 May 2019, ICC-02/05-01/09OA2, para 6.

¹⁶⁰ En sus dos remisiones hasta la fecha, el Consejo de Seguridad afirma expresamente que adopta esas medidas «actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas», aunque en su segunda remisión es más explícito y añade que lo hace «adoptando medidas con arreglo al Artículo 41». De ahí que, tanto el establecimiento de tribunales penales *ad hoc*, como la remisión de una situación en virtud del Art. 13 b) del Estatuto, caen en el ámbito material de aplicación del Art. 41 de la Carta.

ICC the mandate to investigate and, if necessary, prosecute those deemed to have committed Statute crimes in Darfur”¹⁶¹. Esta misma idea ha sido corroborada por Australia durante las exposiciones informativas proporcionadas por la Fiscal Sra. BENSOUDA al Consejo de Seguridad, sobre la evolución de los acontecimientos y el progreso alcanzado en la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de haber cometido crímenes en Darfur, afirmando que: “[l]a Corte Penal Internacional no podrá cumplir su mandato, un mandato conferido por el Consejo, a menos que los sospechosos de Darfur sean detenidos y transferidos a La Haya.¹⁶²”

Nos referimos con esto a que la remisión efectuada en virtud del artículo 13 b) del Estatuto de Roma es una remisión pura y simple, es decir, no se trata de una remisión articulada, lo cual supone que “incumbiría al Fiscal determinar qué individuos deberán ser acusados de los crímenes a que hace referencia el artículo [5] dentro de ese asunto.¹⁶³” La acción del Consejo de Seguridad se limita tan sólo a atribuir competencia a la Corte y, consecuentemente, a activar su jurisdicción sobre la situación de que se trate. Pues bien, ello no debe interpretarse como una exención del cumplimiento ordinario de todos y cada uno de los requisitos de carácter procesal impuestos por el Estatuto, como, por ejemplo, la manera en que debe llevarse a cabo el examen preliminar y la investigación, con el propósito de asegurar un procedimiento con todas las garantías debidas.

Ahora bien, ¿quién es el destinatario o destinatarios de esas decisiones? En primer lugar, resulta evidente que el primer afectado y destinatario es el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta o conductas criminales, es decir, el Estado del *locus delicti*. En la Resolución 1593 (2005), el Consejo de Seguridad encomienda su mensaje al “Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur¹⁶⁴” y exhorta a “todos los Estados y organizaciones regionales

¹⁶¹ TLADI, D., “The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, No. 1, 2013, pp. 199-221, at p. 212. Énfasis añadido.

¹⁶² CSNU, *Informes del Secretario General sobre el Sudán y Sudán del Sur*, de 12 de diciembre de 2014, UN Doc. S/PV.7337, p. 4.

¹⁶³ UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1, p. 40, para. 2.

¹⁶⁴ UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 2.

y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente.¹⁶⁵

Relacionado con lo anterior, resulta conveniente referirnos nuevamente a la naturaleza jurídica de las decisiones de remisión adoptadas por el Consejo de Seguridad. La misma queda reflejada en el artículo 25 de la Carta, según el cual, los “Miembros de las Naciones Unidas *convienen en aceptar y cumplir las decisiones* del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.¹⁶⁶” Ello supone que cuando el órgano ejerce sus facultades en el marco del Capítulo VII, adoptando medidas coercitivas, lo hace, primeramente, respecto del Estado territorial, aun cuando el mismo no sea Parte en el Estatuto de Roma, como ha sido reconocido en la citada resolución¹⁶⁷. Por lo tanto, podemos decir que se trata de medidas coercitivas *vis-à-vis* el Estado Miembro y de medidas obligatorias *vis-à-vis* el resto de Miembros de la Organización, con independencia de que los mismos hayan o no participado en la toma de dicha decisión, lo que dependerá de la composición de este órgano en el momento procesal oportuno¹⁶⁸. Además, ello nos permite distinguir entre las resoluciones de *alcance general*, que imponen obligaciones a todos los Estados Miembros, y las resoluciones de *alcance particular*, que tienen como destinatarios solamente a alguno o algunos de esos Estados¹⁶⁹.

Efectivamente, los demás Miembros de las Naciones Unidas, aunque no sean destinatarios directos de la resolución, en el sentido de que los crímenes de la competencia de la Corte no se han cometido en sus respectivos territorios o por sus nacionales, no obstante, los mismos sí están obligados a acatar las decisiones del Consejo *ex* artículos 25 y 48 de la Carta¹⁷⁰, y de prestar la cooperación que sea

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ La cursiva es nuestra.

¹⁶⁷ El Consejo de Seguridad «reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto», aunque se trata de un reconocimiento superfluo, ya que, en la práctica, dichos Estados sí tienen que “cooperar plenamente” con la Corte en virtud del Estatuto.

¹⁶⁸ FROWEIN, J.A. y KRISCH, N., “Article 41”, en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, *op. cit.*, pp. 746-748.

¹⁶⁹ Véase CANO LINARES, M.A., *La actividad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en caso de amenaza a la paz*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁷⁰ El párrafo primero del Art. 48 de la Carta estipula lo siguiente: «La acción requerida para llevar a cabo las decisiones del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales será ejercida por todos los Miembros de las Naciones Unidas o por algunos de ellos, según lo determine el Consejo de Seguridad.»

necesaria a las Naciones Unidas, a la luz del apartado quinto del artículo 2¹⁷¹. Es más, en aplicación de la acción o medidas coercitivas dispuestas por el Consejo, todos los Miembros deberán prestarse ayuda mutua para hacerlas efectivas¹⁷². En este mismo sentido se pronuncia ARSANJANI, cuando manifiesta la siguiente idea:

«Contrary to the General Assembly which can only make recommendations, the Security Council makes decisions which, by virtue of Articles 25 and 48 (1) of the Charter, are binding on all members of the United Nations. Thus, the Council is endowed with a potential for formal law-making competence within the United Nations system, in particular when it operates under Chapter VII¹⁷³.»

En este sentido, resulta obligada la cita del asunto de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Consecuencias jurídicas para los Estados derivadas de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental) a pesar de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*¹⁷⁴, al pronunciarse ésta, *inter alia*, sobre la eficacia normativa y la naturaleza vinculante de sus decisiones, en el caso de la ocupación ilegal y sin título válido por Sudáfrica del territorio de Namibia. En concreto, la CIJ adoptó como parte de su jurisprudencia que:

«Thus when the Security Council adopts a decision under Article 25 in accordance with the Charter, it is for member States to comply with that decision, including those members of the Security Council which voted against it and those Members of the United Nations who are not members of the Council. To hold otherwise would be to deprive this principal organ of its essential functions and powers under the Charter¹⁷⁵.»

¹⁷¹ Según el Art. 2.5 de la Carta: «Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.»

¹⁷² El Art. 49 de la Carta establece que: «Los Miembros de las Naciones Unidas deberán prestarse ayuda mutua para llevar a cabo las medidas dispuestas por el Consejo de Seguridad.»

¹⁷³ ARSANJANI, M.H., "The United Nations and International Law-Making", *Recueil des Cours*, Vol. 362, 2012, pp. 9-40, at p. 29.

¹⁷⁴ ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Reports 1971, p. 16. Véase, igualmente, ICJ, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, Advisory Opinion of 28 May 1948, ICJ Reports 1948, p. 57, at p. 64. En este mismo sentido se ha pronunciado la CIJ en su *Opinión consultiva de 11 de abril de 1949 sobre la Reparación de las lesiones sufridas al servicio de las Naciones Unidas* [ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949, ICJ Reports 1949, p. 174, at p. 178].

¹⁷⁵ *Ibid.*, ICJ Reports 1971, para. 116.

De la declaración anterior podemos extraer dos ideas fundamentales. En primer lugar, las resoluciones del Consejo de Seguridad obligan a los 193 Estados Miembros de la Organización¹⁷⁶, sin excepción, con independencia de si el Estado concernido haya estado presente en el momento de la adopción de dicha decisión o haya votado en contra de la misma. Lo cierto es que una decisión válidamente adoptada y aprobada en el ámbito del Consejo, de conformidad con los requisitos estipulados por el artículo 27 de la Carta, es obligatoria para todos los Miembros, que están obligados a aceptarla y llevarla a cabo en sus términos¹⁷⁷.

Así, solamente cuando se adopta una resolución, sin que haya sido vetada por los Miembros Permanentes¹⁷⁸, es cuando un Estado Miembro de las Naciones Unidas, aun sin ser Parte en el Estatuto de Roma, asume el compromiso jurídico de acatar el mandato conferido por el Consejo a la Corte¹⁷⁹. Actualmente, nadie cuestiona el carácter jurídicamente obligatorio de las resoluciones que el Consejo adopta en el ejercicio de las funciones que le confiere la Carta *ex* Capítulo VII, con el objeto de cumplir su responsabilidad primordial.

4.4. El procedimiento de adopción de las decisiones del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta. El «derecho de veto» y la legalidad internacional

De conformidad con el artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas, que es la norma por antonomasia que establece el procedimiento de votación para la adopción de una decisión en el seno del Consejo de Seguridad, resulta preceptivo distinguir entre: por un lado, los asuntos que son calificados como *cuestiones de procedimiento*; y, por otro, el resto de materias, que son las *cuestiones de fondo*, esto

¹⁷⁶ A fecha 25 de julio de 2019 [información consultada en la página web de las Naciones Unidas].

¹⁷⁷ *Ibid.*, para. 115.

¹⁷⁸ Sobre esta cuestión, véase el epígrafe siguiente.

¹⁷⁹ Sobre la *eficacia normativa* y el valor jurídico de las resoluciones del Consejo de Seguridad, véase THIERRY, H., "Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", *Recueil des Cours*, Vol. 167, 1980, pp. 432-444; *Ibid.*, "L'évolution du droit international. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, Vol. 222, 1990, pp. 27-120, en especial p. 72.

es, las verdaderas “decisiones” de carácter sustantivo adoptadas en el ámbito del Capítulo VII de la Carta. Dicha distinción es de relevancia especial, puesto que el procedimiento de adopción cambia sustancialmente, dependiendo de si estamos ante uno u otro tipo de cuestiones.

De forma general, a la luz del párrafo primero del artículo anterior, resulta que cada uno de los quince Miembros que constituyen el Consejo de Seguridad tendrá un voto. Así, para la adopción del primer tipo de cuestiones, es decir, para las *cuestiones de carácter procedimental*, debe reunirse una mayoría de nueve votos afirmativos para que la decisión se considere adoptada. Asimismo, en tales casos, no resulta preceptiva la confluencia de los votos positivos de los cinco Miembros Permanentes del órgano político —que son: China, Estados Unidos de América, Francia, Reino Unido y Rusia, como continuadora de la Unión Soviética—.

Por el contrario, con arreglo al párrafo tercero del artículo 27 de la Carta, para la adopción de una decisión sobre una *cuestión de fondo*, o sea, que no sea de procedimiento, será necesario, igualmente, el voto afirmativo de, al menos, nueve Miembros, entre los que hay que incluir *obligatoriamente* los votos afirmativos de todos los Miembros Permanentes del Consejo. Este precepto consagra, sin decirlo explícitamente, el *derecho de veto*, como privilegio otorgado a los cinco Miembros con representación permanente en el Consejo:

«Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las demás cuestiones serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes; pero en las decisiones tomadas en virtud del Capítulo VI y del párrafo 3 del Artículo 52, la parte en una controversia se abstendrá de votar.»

Ahora bien, puede darse la paradoja de que el *veto* puede ejercerse por uno de esos Estados incluso cuando se trate de calificar si una materia constituye una cuestión de procedimiento, o bien una cuestión de fondo. Se trata de un derecho que ha sido reconocido de forma deliberada en la Carta tras la Segunda Guerra Mundial: por un lado, para no repetir la experiencia desastrosa de la Sociedad de las Naciones y, por otro, para garantizar la “cohesión” entre los países aliados en aquel entonces. Aunque, como vemos, si el derecho de veto tenía su justificación cuando se adoptó la Carta, creemos que las exigencias del siglo XXI, relacionadas

con las actividades criminales y las graves violaciones de los derechos humanos a lo largo del mundo, no pueden justificar la utilización de este derecho, al menos en una serie de circunstancias que describiremos a continuación. Es, por ello que, el *derecho de veto* asume un significado particularmente importante dentro de este capítulo, y cuya significación corresponde analizar en esta parte, básicamente por los efectos que produce sobre la adopción de decisiones en el ámbito del Capítulo VII de la Carta, incluidas, claro está, las decisiones de remisión a la Fiscalía de la Corte.

Efectivamente, cuando el Consejo de Seguridad decide *ex* Capítulo VII de la Carta sobre la remisión de una situación al Fiscal de la Corte lo hace como parte del *sistema de seguridad colectiva*, dado que se trata de una *cuestión de fondo*, lo cual significa que la decisión está expuesta al sistema del veto y, de hecho, ya existen precedentes al respecto en que una remisión ha sido vetada no por uno, sino por dos Miembros Permanentes¹⁸⁰. A modo informativo, el último veto impuesto por un Miembro Permanente hasta el día¹⁸¹ ha sido invocado por Rusia con respecto a la situación en la República Bolivariana de Venezuela, el 28 de febrero de 2019, sobre el proyecto de resolución 186 (2019), presentado por los Estados Unidos de América, y que preveía la puesta en marcha de un “proceso político pacífico que conduzca a la celebración de elecciones presidenciales libres, justas y creíbles”¹⁸².

Ahora bien, puede darse la circunstancia de que un Miembro Permanente esté presente en el momento de votarse una resolución, aunque decida no ejercer su voto, esto es, abstenerse. En este caso, el Miembro no emite el voto afirmativo al que se refería el artículo 27 de la Carta. Además, puede ocurrir que ese Estado ni siquiera esté presente en el seno del Consejo de Seguridad. En tales casos, ¿cuál debe ser la respuesta del órgano? Así, nos referimos a las situaciones de *abstención* o *ausencia* de uno de los cinco Miembros con derecho de veto¹⁸³.

¹⁸⁰ A este respecto, véase el epígrafe 4.7 sobre el «veto» como obstáculo para activar la jurisdicción de la Corte.

¹⁸¹ A fecha 27 de julio de 2019.

¹⁸² CSNU, Proyecto de Resolución 186 (2019), de 28 de febrero [UN Doc. S/2019/186, para. 2].

¹⁸³ Sobre el particular puede consultarse la contribución de TORRES CAZORLA, M.I., “El derecho de veto en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: la historia de la válvula de seguridad que paralizó el sistema”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 1, 2008, pp. 49-88.

Pues bien, cuestiones tales como la abstención o la ausencia voluntaria de un Miembro Permanente durante la votación de una resolución se han planteado en el pasado. Estas circunstancias dieron lugar a la pregunta de si equivaldrían o no al ejercicio del derecho de veto. Desde el punto de vista jurisprudencial, esta cuestión fue objeto de pronunciamiento por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión consultiva de 21 de junio de 1971, sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia*, a la que ya nos hemos referido anteriormente, y en la que se dice lo siguiente:

«However, the proceedings of the Security Council extending over a long period supply abundant evidence that presidential rulings and the positions taken by members of the Council, in particular its permanent members, have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions. By abstaining, a member does not signify its objection to the approval of what is being proposed; in order to prevent the adoption of a resolution requiring unanimity of the permanent members, a permanent member has only to cast a negative vote. This procedure followed by the Security Council, which has continued unchanged after the amendment in 1965 of Article 27 of the Charter, has been generally accepted by Members of the United Nations and evidences a general practice of that Organization¹⁸⁴.»

De este pronunciamiento, cabe destacar las siguientes dos ideas. En primer lugar, cuando un Miembro Permanente del Consejo se abstiene, al no manifestar su juicio de valor sobre el proyecto de resolución, podemos decir que guarda una cierta neutralidad. Como destacó la CIJ, la abstención no debe interpretarse como objeción, pero tampoco como aprobación. Sólo cuando se emite un voto negativo, es cuando podemos afirmar que se ha ejercido el derecho de veto, que puede ser; antes de la votación, amenazando con vetar la resolución, o en el momento de las votaciones. En segundo lugar, cuando el Miembro Permanente de que se trate no comparece ante el Consejo en el momento de producirse la votación, su ausencia tampoco debe interpretarse como una negativa a la decisión.

Por lo tanto, ni la abstención, ni la no comparecencia podrán obstaculizar la adopción de una decisión, por la cual el Consejo acuerda remitir una situación

¹⁸⁴ ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Reports 1971, para. 22.

a la CPI. En cualquier caso, será necesario reunir los votos afirmativos de los que estén presentes y votantes, de, al menos, nueve Miembros del Consejo para poder adoptar la resolución. Ahora bien, si para alcanzar esos nueve votos afirmativos resulta que el noveno voto lo emite un Miembro Permanente que se abstiene, es como, *de facto*, haber ejercido el derecho de veto. A esta práctica se le conoce como “veto oculto”, porque, *prima facie*, parece que dicho Miembro no tenía la intención de impedir la adopción de la resolución, aunque, finalmente, acaba consiguiendo el mismo resultado.

De ahí que, teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores sobre el tan controvertido derecho de veto, el Magistrado de la Corte Internacional de Justicia, Mohamed BENNOUNA, califica al derecho de veto de “*anacrónico*”¹⁸⁵ en el mundo actual, y además afirma que la persistencia del mismo sobre la legalidad internacional tiene una connotación importante. Pues, el profesor sostiene que el derecho de veto es susceptible de conferir a sus titulares una especie de *inmunidad* en sus relaciones con las normas fundamentales del Derecho Internacional:

«[L]e droit de véto est susceptible de conférer, de fait, à ses détenteurs, une certaine immunité dans leur relation avec les normes fondamentales qui régissent le recours à la force dans les relations internationales et la sécurité collective, que ce soit par l'exercice d'un vote négatif ou par la simple menace de le faire. Une telle protection peut, bien entendu, couvrir un allié dit « stratégique » d'un membre permanent du Conseil de sécurité¹⁸⁶.»

En este mismo orden de ideas, el Magistrado reconoce, *expressis verbis*, la problemática del veto respecto de las remisiones del Consejo de Seguridad a la CPI, afirmando que el derecho de veto podría permitir a un Miembro Permanente oponerse a la remisión de una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes de la competencia de la Corte¹⁸⁷. Una realidad que, como ya afirmamos, se ha producido en dos ocasiones.

¹⁸⁵ BENNOUNA, M., “La réforme des Nations Unies ou la quadrature du cercle”, en “Le droit international entre la lettre et l'esprit. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours*, Vol. 383, 2016, pp. 9-231, at pp. 209-216, en especial pp. 213 y ss.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 214, para. 707.

¹⁸⁷ *Ibid.*, para. 708.

Así que, precisamente para evitar los efectos negativos del derecho de veto sobre las potenciales remisiones *ex* artículo 13 b) del Estatuto, FASSBENDER sugiere una reforma de la Carta, con el objetivo principal de limitar la utilización de este derecho por los Miembros Permanentes del Consejo¹⁸⁸. Dicha posibilidad ha sido ya lanzada por uno de esos Miembros, principalmente por Francia, proponiendo la adopción de un *código de conducta voluntario*. ¿En qué consiste exactamente esta propuesta? Pues, básicamente, en descartar la invocación del derecho de veto en los casos relativos a crímenes internacionales, en concreto, para que los Miembros se abstengan de utilizarlo en situaciones de genocidio, limpieza étnica, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Este código de conducta permitiría, en definitiva, fortalecer la credibilidad del Consejo y, sobre todo, mejorar su eficacia en la adopción de decisiones cuando objetivamente resulte justificada la remisión de una situación a la Fiscalía de la Corte. Por lo menos, la problemática del veto y su utilización abusiva subrayan la necesidad de la limitación voluntaria de este derecho, al menos en los casos en que queda evidente la comisión de atrocidades masivas y sistemáticas.

No obstante, también tenemos que reconocer que cualquier propuesta de reforma del derecho de veto, salvo que los Miembros Permanentes acuerden de forma tácita ajustarse al código de conducta, necesita la conformidad de los cinco, con lo cual esta reforma está profundamente afectada por el ejercicio del derecho de veto. En definitiva, como señala BENNOUNA, “[l]a seule certitude qui demeure, soit la perpétuation du *statu quo*, n’est pas susceptible de favoriser un regain d’efficacité et de légitimité du Conseil”¹⁸⁹.

4.5. El alcance de los poderes del Consejo de Seguridad en virtud del artículo 39 de la Carta

¹⁸⁸ FASSBENDER, B., *UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998, pp. 326 y ss.

¹⁸⁹ BENNOUNA, M., “La réforme des Nations Unies ou la quadrature du cercle”, *op. cit.*, p. 215, para. 712.

Si bien en el epígrafe anterior vimos que la base jurídica para una remisión es el Capítulo VII de la Carta, ajustándose claramente a la literalidad del artículo 41 de ésta, en este apartado vamos a exponer hasta dónde llega el alcance material de los poderes de que dispone el Consejo de Seguridad.

En este sentido, nos parece interesante la afirmación de CANO LINARES, en la medida en que cuestiona la obligatoriedad jurídica de algunas de las medidas que puede adoptar el Consejo de Seguridad, especialmente las del artículo 40. En concreto, la autora señala que: “*no todas las resoluciones del C.S., adoptadas en el marco del Capítulo VII, producen los mismos efectos jurídicos*. Su contenido varía en función de la competencia material¹⁹⁰. Ahora bien, si somos fieles a los dictados del artículo 25, dicho precepto no distingue entre las “decisiones” del artículo 40 y las adoptadas en virtud de los artículos 41 y 42. En cualquier caso, lo que sí hay que dejar claro es que el alcance de las facultades del Consejo se extenderá hasta donde llegue su competencia real en el ámbito del Capítulo VII.

En este orden de cosas, suscribimos las palabras de LENTNER, quien afirma que: “[o]nly binding decisions under Chapter VII are capable of creating legal obligations for UN members that have not accepted the obligations arising out of the Rome Statute”¹⁹¹. Efectivamente, únicamente una resolución obligatoria en el sentido del artículo 25 de la Carta sería capaz de condicionar la voluntad de un Estado Miembro de las Naciones Unidas y no Parte en el Estatuto de Roma, que, recordemos, nunca ha consentido las obligaciones estatutarias que nacen de este último instrumento internacional. En definitiva, sólo mediante una resolución en el ámbito del Capítulo VII de la Carta se puede llevar a cabo una actuación que sea consistente y compatible con el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, ya que, una vez efectuada la remisión, la misma legitimaría la actuación, *a posteriori*, de la Corte¹⁹². Además, resulta necesario indicar que, en tales casos, si se llegase a plantear un conflicto entre las obligaciones surgidas de la resolución del propio

¹⁹⁰ Véase CANO LINARES, M.A., *La actividad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en caso de amenaza a la paz*, op. cit., p. 51. La cursiva aparece en el texto original.

¹⁹¹ LENTNER, G.M., *The UN Security Council and the International Criminal Court. The Referral Mechanism in Theory and Practice*, op. cit., p. 54.

¹⁹² Véase, especialmente, el Capítulo 5 “The ICC’s exercise of the powers conferred by the Security Council”, en LENTNER, G.M., *The UN Security Council and the International Criminal Court. The Referral Mechanism in Theory and Practice*, op. cit., pp. 104-162.

Consejo — tratándose de obligaciones jurídicas contraídas por el Estado Miembro en virtud de la Carta — frente a sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, finalmente, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta, según dispone el artículo 103 de ésta¹⁹³.

Desde el punto de vista de la Corte, resulta destacable el pronunciamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares II sobre la posible “alteración” del principio antes referido, lo cual hizo en su *Decisión sobre el posible viaje de Omar Al-Bashir al Estado de Kuwait*, disponiendo que:

«This principle may be altered by the SC which may, by means of a resolution adopted under Chapter VII of the UN Charter, create an obligation to cooperate with the Court on those UN Member States which are not parties to the Statute. In such a case, the obligation to cooperate stems **directly from the UN Charter**¹⁹⁴.»

Siendo esto así, debemos dar una respuesta a las siguientes preguntas. En primer lugar, ¿hasta dónde puede llegar la ‘creatividad institucional’ del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta?¹⁹⁵ En segundo lugar, ¿está investido el Consejo de poderes que puedan alterar el contenido o el significado de un tratado internacional, como es el Estatuto de Roma, convirtiendo, *de facto*, a un tercer Estado en *Parte*, en la medida en que se asimilan sus obligaciones con las propias de un Estado Parte en el Estatuto? Veamos a este respecto las palabras de TALMON, quien establece:

«The *legal basis* of the Security Council’s new practice of treaty adaptation can thus be found in Chapter VII and, in particular, articles 39 and 41 of the UN Charter. As the Security Council enjoys a wide margin of discretion not only with regard to the determination of what constitutes a “threat to the peace” but also with regard to the “measures” that are to be employed to maintain or restore international peace and security, it will be difficult to establish that the *ad hoc* adaptation of a treaty (or

¹⁹³ A este respecto, véase el Capítulo VI, *infra*, de esta tesis doctoral.

¹⁹⁴ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Regarding Omar Al-Bashir’s Potential Travel to the State of Kuwait”, 24 March 2014, ICC-02/05-01/09-192, para. 8. Énfasis añadido.

¹⁹⁵ La Magistrada de la CIJ Rosalyn HIGGINS expresó esta pregunta de la siguiente manera: «What are the limits to institutional creativity? What deviations from what was intended in the Charter are to be regarded as lawful, imaginative adaptations to contemporary needs? And what are to be regarded as going that step too far to be consistent with legality, and as *ultra vires*?» Véase en SAROOSHI, D., *The United Nations and the Development of Collective Security. The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford: Clarendon Press, 1999, p. xi.

the prescribing of certain provisions of a treaty) is generally outside the Council's Chapter VII powers¹⁹⁶.»

En realidad, lo que sí podemos constatar es una tendencia cada vez mayor del Consejo de Seguridad a adoptar, como señala el autor, medidas “adaptativas” de la realidad existente, con el fin de dar una respuesta adecuada a las demandas y las necesidades contemporáneas, haciéndolo de forma imaginativa, como decía la Magistrada Rosalyn HIGGINS¹⁹⁷. Igualmente, sobre esta misma cuestión, resulta destacable el pronunciamiento de John BELLINGER sobre el alcance de los poderes del Consejo de Seguridad:

«[T]he Council has invoked its Chapter VII authorities to create specific legal frameworks to address threats to international peace and security. While these frameworks typically incorporate specialized bodies of law as part of the legal foundation of the Council's response, *there are cases in which the Council has adapted these bodies of law in order to meet the threat. This is a significant development*¹⁹⁸.»

Siguiendo estas ideas, resulta, *prima facie*, que los poderes del Consejo de Seguridad de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas son virtualmente ilimitados y, por tanto, difícilmente controlables desde el punto de vista extrínseco¹⁹⁹. ¿Lo son en realidad? Si es así, ¿cuál es el verdadero alcance de los poderes del Consejo de Seguridad en virtud del artículo 39 y cuáles son los límites al respecto, en caso de que existieran?²⁰⁰

Tomando nuevamente en consideración la afirmación de ARSANJANI sobre el poder “legislativo” del Consejo de Seguridad²⁰¹, cabe indicar que el mismo no es omnímodo, sino limitado, esto es, circunscrito a un ámbito competencial muy concreto. La competencia del Consejo en la esfera del *law-making* está relacionada

¹⁹⁶ TALMON, S., “Security Council Treaty Action”, *Revue hellénique de droit international*, Vol. 62, 2009, pp. 65-116, at pp. 65-66. La cursiva es nuestra.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ BELLINGER, J.B., III, “United Nations Security Council Resolutions and the Application of International Humanitarian Law, Human Rights and Refugee Law”, *International Conference*, San Remo, Italy, September 9, 2005. Énfasis añadido.

¹⁹⁹ Para un estudio en detalle sobre esta cuestión, véase, en particular, FASSBENDER, B., “Review Essay. Quis judicabit? The Security Council, Its Powers and Its Legal Control”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 2000, pp. 219-232.

²⁰⁰ Sobre los límites a los poderes del Consejo de Seguridad, véase el último apartado del capítulo.

²⁰¹ ARSANJANI, M.H., “The United Nations and International Law-Making”, *op. cit.*, p. 29.

directamente con el contenido del artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, lo que, en palabras de SZASZ, se eleva como una “restricción” (*constraints*) a dicho poder²⁰². Según el artículo 24, como ya dijimos anteriormente, el Consejo asume la *responsabilidad primordial* de mantener la paz y la seguridad internacionales, lo cual significa que su ámbito de actuación estará materialmente limitado. Aunque, dentro de estos límites de su competencia *ratione materiae*, el Consejo disfruta de un amplio poder discrecional; no sólo para determinar si existe una amenaza a la paz, una ruptura de la paz o un acto de agresión, sino, también, para decidir qué medidas adoptar, aun cuando no fueren explicitadas en el texto de la Carta.

No obstante, en opinión de la autora, esa “restricción” material ha probado ser ineficaz, dado que es el propio Consejo quien califica la situación y determina lo que constituye una situación de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión²⁰³. Esto nos permite afirmar, *mutatis mutandis*, que el Consejo es juez de su propia competencia, como los tribunales lo son de la suya en virtud del principio ‘*compétence de la compétence*’. A su vez, como viene a manifestarlo el profesor CASADEVANTE, “el Consejo de Seguridad goza de libertad para otorgar o no esa calificación a una determinada situación.”²⁰⁴ Pues, para poder desplegar sus amplísimos poderes, precisamente en el cumplimiento de su responsabilidad primordial, hace falta, necesariamente, que se trate de una de las tres situaciones a que se refiere el artículo 39 de la Carta. Aunque, según VIRALLY, no es necesario

²⁰² SZASZ, P.C., “The Security Council Starts Legislating”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, No. 4, 2002, pp. 901-905. En el mismo sentido se han pronunciado otros autores, pudiendo consultarse, entre otros, los siguientes: JOHNSTONE, I., “Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing down the Deliberative Deficit”, *American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 2, 2008, pp. 275-308; SERNA GALVÁN, M.L., “Interpretación del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas (Amenazas a la paz) por el Consejo de Seguridad: ¿Es el Consejo de Seguridad un legislador para toda la comunidad internacional?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 2011, pp. 147-185; TALMON, S., “The Security Council as World Legislature”, *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005, pp. 175-193; VÉGH, K., “A Legislative Power of the UN Security Council?”, *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 49, No. 3, 2008, pp. 275-295.

²⁰³ ARSANJANI, M.H., “The United Nations and International Law-Making”, *op. cit.*, p. 30.

²⁰⁴ Sobre la actitud selectiva del Consejo de Seguridad en el cumplimiento de la misión que le ha sido confiada por la Carta de las Naciones Unidas, especialmente por el Art. 24, véase la obra de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., “El poder y el Derecho en las Naciones Unidas: la discrecionalidad del Consejo de Seguridad”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y QUEL LÓPEZ, F.J. (coord.), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona: Ariel, 1997, pp. 40-68, at pp. 48 y ss.

que el Consejo determine en una situación a cuál de las calificaciones se refiere²⁰⁵; siendo la amenaza y el quebrantamiento conceptos jurídicos indeterminados, a diferencia del acto de agresión, sobre el que sí existe una concreción normativa manifestada tanto por la Resolución 3314 (XXIX)²⁰⁶, como por el artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma.

Pues, todo indica que, en los casos en que la Corte tenga jurisdicción sobre una situación remitida por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta, la decisión de remisión anularía la necesidad del consentimiento del Estado territorial²⁰⁷, como lo había reconocido el profesor CRAWFORD durante la Conferencia de Plenipotenciarios. Dicho de otra manera, es de suponer que el derecho conferido por el Estado Miembro al Consejo de Seguridad en virtud del artículo 24, al haber consentido la Carta de las Naciones Unidas, hace innecesaria la voluntad del primero para obligarse por el Estatuto. Nos parece oportuno, en este momento, traer a colación un pasaje de la intervención del Sr. ARANGIO-RUIZ en los debates sobre las competencias de la futura Corte Penal Internacional y sus prerrogativas para investigar, juzgar y condenar incluso los altos responsables, y hasta los responsables supremos de un país, afirmando que:

«Semejante procedimiento está efectivamente dentro de lo posible, *pero a condición de que antes se haya invitado a los Estados a poner su firma al pie de un tratado y a ratificarlo*. En cambio, ese resultado no podría lograrse por medio de una resolución aprobada por un órgano que no está facultado a tal efecto, la Asamblea General, por ejemplo. El Consejo de Seguridad, por su parte, dispone de ciertos medios de acción ... lo cual lo facultaría ...²⁰⁸».

²⁰⁵ VIRALLY, M., *L'Organisation mondiale*, Paris: A. Colin, 1972, p. 589, at p. 453.

²⁰⁶ AGNU, Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, sobre la *Definición de la agresión* [UN Doc. A/RES/3314(XXIX)].

²⁰⁷ En su presentación en la Conferencia de Roma, interviniendo como observador en nombre de la CDI, James CRAWFORD mantenía la posición de que una remisión por el Consejo de Seguridad serviría como sustituto del consentimiento. Véase, indirectamente, en United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Committee of the Whole, Official Records, Volume II, *Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 2nd Plenary Meeting, Monday, 15 June 1998, at 3.10 p.m.*, UN Doc. A/CONF.183/13 (Vol.II), p. 71, para. 106.

²⁰⁸ Sr. Gaetano ARANGIO-RUIZ (Italia), Relator Especial de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados. Véase CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994*, Vol. I, *Actas resumidas de las sesiones del 46º período de sesiones celebrado en Ginebra del 2 de mayo al 22 de julio de 1994*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1994, p. 36, para. 28. La cursiva es nuestra.

En definitiva, el ejercicio por el Consejo de Seguridad de los poderes que le atribuye el Capítulo VII funcionaría como si el Estado Miembro, no Parte en el Estatuto, hubiese delegado su jurisdicción territorial a la Corte, sin haberlo hecho en realidad. Es el Consejo de Seguridad, quien, utilizando sus poderes *intra vires*, impone una obligación jurídica de cooperación plena con la Corte en la ejecución de su mandato, que no puede concebirse separadamente del Estatuto de Roma, por mucho que dicho órgano reconozca que “los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto”²⁰⁹.

4.6. La creación de un sistema de *justicia universal*

Por lo que se refiere a la idea de la existencia de una jurisdicción universal de la Corte, teniendo en cuenta que la misma puede intervenir en el territorio de cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas por iniciativa del Consejo de Seguridad, podemos decir ciertamente que coexisten dos jurisdicciones paralelas: la primera, delimitada por el Estatuto de Roma en el artículo 12, únicamente para los Estados Partes y el Fiscal, actuando *proprio motu*; y, la segunda, de aspiración universal, configurada por los supuestos de remisión del Consejo de Seguridad, con las limitaciones impuestas por razón material y temporal que ya hemos visto.

En efecto, cuando el Consejo de Seguridad ejerce el poder que le otorga el artículo 13 b) del Estatuto, la jurisdicción de la Corte puede entenderse *prorrogada*, es decir, se instituye una especie de “*forum prorogatum*”, que sobresale del marco competencial establecido por el citado artículo 12 del instrumento²¹⁰. El resultado

²⁰⁹ UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 2.

²¹⁰ Véase CONDORELLI, L. y VILLALPANDO, S., “Can the Security Council Extend the ICC’s Jurisdiction?”, en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 571 y ss.; *Ibid.*, “Referral and Deferral by the Security Council”, en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, op. cit., pp. 627 y ss. Esta misma visión de una Corte *ad hoc* “latente” fue percibida por el Comité Especial durante la etapa preparatoria a la Conferencia de Plenipotenciarios y por el Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, creados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el propósito de debatir sobre el Proyecto de Estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional [AGNU, Resolución 50/46, de 18 de diciembre de 1995, UN Doc. A/RES/50/46, sobre el *Establecimiento de una Corte Penal Internacional*]. Pueden consultarse: AGNU, *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Asamblea

final es la aceptación implícita por el Estado no Parte de la jurisdicción de la Corte por imposición del Consejo, sin que el consentimiento de ese Estado suponga un impedimento a la acción coercitiva del órgano político. Pues, no hay que olvidar que dicha actuación se fundamenta en el consentimiento inicialmente expresado por ese Estado en obligarse por la Carta de las Naciones Unidas, de la que emana el mandato de remisión.

Esta misma idea ha sido corroborada por PIKIS, cuando establece que: “the jurisdiction of the ICC over crimes, the subject-matter of a referral, by the Security Council, may appropriately be characterized as universal.²¹¹” No obstante, la idea de que esta realidad paralela puede producir una posible alteración del carácter complementario y secundario de la competencia de la Corte es tratada también por el autor, cuando establece esto otro: “the assumption of jurisdiction is subject to the principle of complementarity adumbrated in the Preamble and given expression to in article 17.²¹²” Por su parte, resulta muy figurativa la opinión de QUESADA ALCALÁ, afirmando que estamos ante el “único supuesto de «verdadera competencia universal» de este órgano”²¹³.

Estas afirmaciones, junto con el tratamiento divergente de la competencia, dependiendo de quién sea el actor que la haya activado, nos facultan para afirmar que el Estatuto de Roma estableció, efectivamente, una Corte con *dos sistemas de jurisdicción*²¹⁴. Como ya dijimos, el primero vendría determinado por el cauce de la remisión por un Estado Parte de forma unilateral o bien por la intervención del Fiscal *ex officio*, cumpliéndose previamente los requisitos exigidos para el ejercicio

General Documentos Oficiales, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/50/22) [UN Doc. A/50/22(SUPP)], para. 120, sobre el papel del Consejo de Seguridad; y AGNU, Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Volumen I, Actuaciones del Comité Preparatorio en los períodos de sesiones de marzo y abril y de agosto de 1996, Asamblea General Documentos Oficiales, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/51/22) [UN Doc. A/51/22[VOL.I]], p. 34, para. 133.

²¹¹ PIKIS, G.M., *The Rome Statute for the International Criminal Court. Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*, op. cit., p. 52, para. 129.

²¹² *Ibid.*, para. 129, *in fine*.

²¹³ QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 279, refiriéndose, a su vez, a la obra de ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Hacia una justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio: 9 a 11 de junio de 1999*, Madrid: Ministerio de Justicia, 2000, pp. 499-526, at pp. 511-512.

²¹⁴ SCHARF, M.P., “The Politics Behind U.S. Opposition to the International Criminal Court”, *Brown Journal of World Affairs*, Vol. 6, No. 1, 1999, pp. 97-104, at p. 100.

de la competencia de la CPI, inclusive las cuestiones de admisibilidad de la causa. Claramente, este sistema se circunscribe a la aceptación, *ex ante*, de la jurisdicción de la Corte por los Estados Partes, aunque tiene la gran ventaja de tratarse de una *jurisdicción automática* sobre la lista de crímenes del artículo 5 del Estatuto. Por lo que concierne al segundo sistema, de modo contrario, éste vendría determinado por el cauce de la remisión de una situación por el propio Consejo de Seguridad, supuesto que nos ocupa ahora, cuando deben cumplirse las condiciones exigidas para la adopción de este tipo de medidas con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas; y tendría el carácter de una *jurisdicción universal* sobre los crímenes de la competencia de la Corte.

A este respecto, resulta muy ilustrativo el pronunciamiento de PIKIS, cuyas palabras citaremos nuevamente:

«The mandate of the Security Council to uphold the objectives entrusted to it extends worldwide. Geographically coextensive is also the jurisdiction of the Court to deal with crimes referred to it by the Security Council²¹⁵.»

Cabe expresar que compartimos íntegramente estas palabras, en la medida en que reconocemos que las resoluciones de remisión *ex* Capítulo VII, adoptadas por el Consejo de Seguridad, confieren una connotación de universalidad a la jurisdicción de la Corte. Aunque, ese carácter universal no debe confundirse con la *justicia universal* reconocida legalmente en las jurisdicciones penales nacionales de muchos de los Estados Partes, sino en el sentido de abarcar potencialmente a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. En idéntico sentido, YEE ha señalado que esta idea “was consistent with the mandatory jurisdictional regime for the two existing ad hoc International Criminal Tribunals.²¹⁶”

4.7. Las consecuencias de la remisión *ex* Capítulo VII de la Carta para la Corte y el Estado no Parte del Estatuto de Roma y Miembro de las Naciones Unidas

²¹⁵ PIKIS, G.M., *The Rome Statute for the International Criminal Court...*, *op. cit.*, p. 52.

²¹⁶ YEE, L., “The International Criminal Court and The Security Council: Articles 13(b) and 16”, *op. cit.*, p. 148.

Prima facie, la actuación del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta y la remisión de situaciones al Fiscal de la Corte puede verse como algo positivo, ya que permite la investigación y el enjuiciamiento de las personas consideradas presuntos responsables de haber cometido crímenes tan horrendos que conmueven la conciencia de la humanidad. Igualmente, una vez adoptada la resolución en el ámbito del Consejo, ya sabemos que la misma estaría dotada de eficacia normativa respecto de todos los Miembros de la Organización por virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta.

Ahora bien, no hay que entender que una remisión conforme al artículo 13 b) del Estatuto crea una situación de subordinación respecto de la Corte; esto es, su actuación judicial no debería verse mermada por la intervención de un órgano de naturaleza política, aunque la remisión sí que tendría incidencia directa sobre el Estado territorial o el Estado de la nacionalidad del acusado del crimen, dado que el mismo tendría el estatus de tercero respecto del Estatuto de Roma. De ahí que, las obligaciones derivadas de esa decisión de remisión son vinculantes para los integrantes del Sistema de las Naciones Unidas, primeramente, del que la CPI no forma parte²¹⁷. Además, no encontramos ninguna disposición en el texto del Estatuto que sugiera una relación tal de subordinación: de la Corte al Consejo de Seguridad²¹⁸.

En lo que concierne a la cuestión de las consecuencias de la remisión para el Estado no Parte, la misma ha sido referida por GOWLLAND-DEBBAS a la hora de

²¹⁷ En este momento debemos recordar que la Corte, formalmente, no está integrada en el marco del Sistema de las Naciones Unidas, sino que se trata de una Organización independiente, puesto que ésta fue la voluntad general de los Estados participantes en la Conferencia de Roma. En este sentido, pueden consultarse los comentarios al Art. 2 del Estatuto de Roma en SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., pp. 63-86. Igualmente, LENTNER, G.M., *The UN Security Council and the International Criminal Court. The Referral Mechanism in Theory and Practice*, op. cit., p. 147.

²¹⁸ Véase, en concreto, CONDORELLI, L. y VILLALPANDO, S., "Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction?", en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, op. cit., p. 574. En un sentido similar, puede verse AKANDE, D., "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 2, 2009, pp. 333-352, at p. 341.

definir la relación de la Corte con las Naciones Unidas²¹⁹, y muy especialmente con el Consejo de Seguridad:

«[I]n allowing the Security Council to bypass the pre-conditions for the exercise of jurisdiction under Article 12, can produce the peculiar situation in which non-State parties who are members of the Security Council [...] may initiate a process leading to the prosecution of individuals coming from a non-State party²²⁰.»

Una de las consecuencias más inmediatas de la remisión por el Consejo de Seguridad de una situación a la Fiscalía de la Corte, cuando los crímenes se hayan cometido en el territorio de un Estado no Parte, es afectar sus derechos soberanos en contra de su voluntad, especialmente con respecto a cuestiones de jurisdicción penal que el mismo no haya consentido. En efecto, una remisión *ex* Capítulo VII de la Carta supone para el Estado no Parte aceptar una jurisdicción que nunca ha reconocido como obligatoria para sí mismo. Pues, como vimos en el Capítulo III del presente trabajo, los Estados gozan de libertad para delegar el ejercicio de su jurisdicción a un tribunal penal internacional.

Teniendo en cuenta que el artículo 13 b) del Estatuto de Roma tiene como objetivo extender la jurisdicción de la Corte sobre situaciones que, *prima facie*, se encuentran fuera de su ámbito competencial, afectando a un Estado —en cuyo territorio se haya cometido el crimen o bien cuyos nacionales sean presuntamente responsables de los actos criminales—, lo más probable es que si se invoca dicha base jurídica es porque estamos ante un Estado no Parte en el Estatuto. A partir de ahí, se plantean una serie de cuestiones, como es la aplicabilidad del Estatuto a dicho Estado²²¹. Entonces, ¿hay que tratar al Estado concernido como un Estado Parte? ¿Se le debe aplicar el Estatuto de Roma en la misma extensión? ¿Incluidas las disposiciones que eliminan cualquier tipo de inmunidad para el Jefe de Estado

²¹⁹ Según el Art. 2 del Estatuto de Roma, resulta que: «La Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta.» Dicho *Acuerdo* se adoptó en Nueva York el 4 de octubre de 2004 y entró en vigor el 4 de octubre de 2004 [UNTS, Vol. 2283]. Véase el *Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas*, ICC-ASP/3/25, Parte III, Resolución ICC-ASP/3/Res.1.

²²⁰ Véase GOWLLAND-DEBBAS, V., “The Security Council and Issues of Responsibility under International Law”, *op. cit.*, pp. 317-318.

²²¹ STAHN, C., “Libya, the International Criminal Court and Complementarity: A Test for ‘Shared Responsibility’”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, No. 2, 2012, pp. 325-349.

y de Gobierno?²²² Nos podemos preguntar hasta qué punto dichos Estados están obligados a “cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal”, como prescribía el Consejo²²³.

Una vez remitida la situación de que se trate por el Consejo de Seguridad, tomando como precedentes los casos de Sudán y Libia, ambos Estados no Partes en el Estatuto de Roma, tuvieron que reconocer la competencia de la Corte sobre su territorio y sus nacionales, con el fin de garantizar esa cooperación plena en el marco de las respectivas resoluciones. Este reconocimiento se puede producir de forma expresa, aunque nada impide que se haga tácitamente a través de hechos concluyentes, cuando se disponen a cooperar voluntariamente con la Corte, por ejemplo, en la ejecución de las órdenes de detención y entrega. Esto último nunca llegó a suceder en el caso de Sudán, al menos hasta ahora. Cuando las actuaciones llevadas a cabo por la Corte se extiendan al territorio de ese tercer Estado, si éste accede a cooperar, entendemos que se produce, en tal supuesto, un asentimiento por su parte.

Partiendo de esta visión, Sudán podría ser tratado, *mutatis mutandis*, como “si fuera” un Estado Parte en el Estatuto debido a cómo fue remitida su situación al Fiscal de la Corte²²⁴. De ello deriva que, como veremos a continuación, incluso las inmunidades jurisdiccionales de los funcionarios y máximos responsables del Sudán, inclusive su Jefe de Estado y de Gobierno, el ex Presidente *Omar Al Bashir*, se consideran *eliminadas* por el artículo 27 del Estatuto de Roma, tan pronto como la Resolución 1593 (2005) fue adoptada por el Consejo²²⁵.

Ahora bien, también hay que decir que esa afección de derechos soberanos se justifica en la acción misma del Consejo de Seguridad, adoptando decisiones

²²² Sobre las implicaciones de una remisión del Consejo de Seguridad para la inmunidad, véase el epígrafe 4.6.1, *infra*, de este capítulo. Igualmente, pueden consultarse: AKANDE, D., “The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities”, *op. cit.*, en especial p. 342; GAETA, P., “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 2, 2009, pp. 315-332.

²²³ UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 2.

²²⁴ DU PLESSIS, M., “The Omar Al-Bashir Case: Exploring Efforts to Resolve the Tension between the African Union and the International Criminal Court”, en MALUWA, T., DU PLESSIS, M. y TLADI, D. (eds.), *The Pursuit of a Brave New World in International Law*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2017, pp. 431-467, at pp. 450 y ss. Para estas cuestiones nos remitimos a lo dispuesto en el Capítulo VI, *infra*.

²²⁵ AKANDE, D., “The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities”, *op. cit.*, pp. 340-342.

que sí son obligatorias para dicho Estado. Por tanto, esto nos permite afirmar que es la acción coercitiva del órgano la que, en última instancia, justifica la actividad jurisdiccional de la Corte. ¿Cómo justificamos tal situación que, *prima facie*, parece contraria al efecto relativo de los tratados internacionales? Pues, entendemos que la autoridad del Consejo *ex* artículos 24 y 25 de la Carta de las Naciones Unidas permite afectar directamente los derechos de los Estados no Partes en el Estatuto, fundamentando el poder que le reconoce el artículo 13 b) en la existencia de una amenaza a la paz, como ha quedado claro de las líneas precedentes. Pues, es la condición de Estado Miembro en la Organización la que justifica la actuación del Consejo y el obligado cumplimiento de sus resoluciones.

A modo de conclusión, en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de la remisión, podemos afirmar que, si de la interpretación del mandato conferido por el Consejo a la Corte se infiere que la situación remitida no se ajusta al marco competencial de ésta, es decir, excede sus competencias materiales, la Fiscalía no podrá actuar sobre esta remisión, porque²²⁶, de modo contrario, actuaría más allá del Estatuto de Roma, esto es, *ultra vires*²²⁷. Dicho en otros términos, la alteración, modificación o extensión de la competencia de la Corte, como viene configurada por el Estatuto de Roma, a través de una remisión *ex* Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, sería contraria a las disposiciones de aquel instrumento y, por tanto, la Fiscalía no podría actuar sobre la base de la autoridad competencial conferida²²⁸.

²²⁶ Sobre la incompatibilidad de la extensión del alcance temporal de la competencia de la Corte, más allá de las disposiciones del Estatuto de Roma, véase BOURGON, S., "Jurisdiction *ratione temporis*", en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 552-553.

²²⁷ En este sentido, el Art. 121 del Estatuto es muy expresivo, ya que, para cualquier alteración o modificación sustantiva, únicamente los Estados Partes podrán proponer enmiendas al mismo. Y la Asamblea de los Estados Partes es la que decidirá en su próxima reunión, por mayoría de los presentes y votantes, si ha de examinar la propuesta, lo cual podrá hacerse directamente o previa convocatoria de una Conferencia de Revisión si la cuestión lo justifica.

²²⁸ Véase LENTNER, G.M., *The UN Security Council and the International Criminal Court. The Referral Mechanism in Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 152: «[T]he conferred powers to the ICC as prescribed in the SC resolution are the only source for the ICC to exercise jurisdiction over situations in non-party states. Whether the authority provided to the ICC is in conflict with the provisions of the Rome Statute is a question of the internal law of the ICC. This internal law should be interpreted, if possible, to provide the legal basis to give effect to the SC resolutions.»

4.8. La retirada [involuntaria] de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios de un Estado no Parte del Estatuto de Roma en caso de remisión por el Consejo de Seguridad

La cuestión de la renuncia o retirada de la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores de un Estado Parte queda superada con la ratificación voluntaria por éste del Estatuto de Roma²²⁹. Ahora bien, el asunto de mayor envergadura desde el punto de vista de los principios aplicables del Derecho Internacional, entre los que cabe destacar la independencia política y la soberanía de los Estados terceros, se eleva cuando dicha inmunidad es retirada por la CPI en contra de la voluntad de estos Estados. De ahí que, la cuestión más difícil sea la de argumentar y, en su caso, justificar el efecto que produce el artículo 27.2 del Estatuto cuando se quiere aplicar a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores de terceras partes. Porque, no perdamos de vista que, dicha inmunidad de jurisdicción penal existe en virtud del Derecho Internacional consuetudinario, e incluso es reafirmada por las legislaciones nacionales de algunos Estados²³⁰.

En consecuencia, los Estados que no son Partes en el Estatuto de Roma no están bajo la obligación de cooperar con la Corte, ni de entregar a sus nacionales, ni tampoco de renunciar a las inmunidades jurisdiccionales de las que disfrutaban sus propios funcionarios. En realidad, nos estamos refiriendo a la eficacia relativa del Estatuto de Roma, siguiendo la regla general del artículo 34 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969. Como resultado de lo anterior, la irrelevancia de la inmunidad, tal y como está consagrada en el artículo 27.2 del Estatuto, no resulta oponible a los terceros, es decir, no produce efectos jurídicos

²²⁹ Por tanto, los Estados que ratifican el Estatuto de Roma renuncian expresamente al privilegio de la inmunidad o, figurativamente, al derecho de inmunidad de sus propios representantes, que, sin el acto de ratificación, podrían disfrutar ordinariamente en virtud del Derecho Internacional.

²³⁰ Como es el caso de España, en donde el Art. 22.1 de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, reconoce y garantiza la inmunidad jurisdiccional de estas personas, aunque sin perder de vista la referencia expresa que hace el legislador español en el Art. 29 cuando establece que: «Lo dispuesto en el presente Título no afectará a las obligaciones internacionales asumidas por España respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, ni a sus compromisos con la Corte Penal Internacional.»

con respecto a los Estados no Partes ni puede afectar sus derechos soberanos con arreglo al Derecho Internacional. Es, en estos casos, cuando la Corte procurará no dar curso a una solicitud de cooperación que pueda vulnerar la inmunidad de un tercer Estado o la inmunidad diplomática de uno de sus representantes, según dispone el artículo 98.1.

Además, ese tratado, el Estatuto de Roma, no puede generar obligaciones de ningún tipo ni conceder derechos para un tercer Estado sin su consentimiento. La renuncia a la inmunidad jurisdiccional del Jefe de un Estado, Jefe de Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores, tanto personal como funcional, habrá de ser siempre expresa y voluntaria en el supuesto de que llegue a producirse. De forma contraria, sería una imposición incompatible con el Derecho Internacional. De ahí que, la Corte manifestara lo siguiente: “States that are not parties to the Statute *in principle* have no obligation to cooperate with the Court and the irrelevance of immunities based on official capacity as enshrined in article 27(2) of the Statute has no effect on their rights under international law.”²³¹

Aunque, en el pronunciamiento de 6 de julio de 2017, la Sala de Cuestiones Preliminares admitiera que en determinadas circunstancias — sobre todo, cuando no únicamente, si se tratase de una situación remitida a la Fiscalía por el Consejo de Seguridad —, el Estatuto de Roma podría expandir su aplicabilidad o eficacia jurídica hacia aquellos Estados que no lo hayan aceptado voluntariamente como tal, en consonancia con la Carta de las Naciones Unidas, que sí permite al Consejo imponer obligaciones jurídicas a los Estados²³².

La cuestión de la inmunidad de jurisdicción de un Jefe de Estado en activo de un Estado no Parte ha sido abordada por primera vez por la Corte en el asunto del *Fiscal v. Omar Al Bashir*. La Sala de Cuestiones Preliminares I manifestó, a este

²³¹ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir”, 6 July 2017, ICC-02/05-01/09-302, para. 82. La cursiva es nuestra.

²³² En concreto, la Sala decía que: «It is acknowledged that this is an expansion of the applicability of an international treaty to a State which has not voluntarily accepted it as such. Nonetheless, the finding of the majority of the Chamber in this respect is in line with the Charter of the United Nations, which permits the Security Council to impose obligations on States.» Véase, *supra*, para. 89.

respecto, que la posición oficial que ocupa el presunto responsable de la comisión de crímenes de la competencia de la Corte como Jefe de Estado es absolutamente irrelevante y no afecta el ejercicio de tal competencia en el marco del Estatuto de Roma. En concreto, la Sala consideró que: “the current position of Omar Al Bashir as Head of a state which is not a party to the Statute, has no effect on the Court’s jurisdiction over the present case.”²³³

Ahora bien, ¿cuáles fueron las consideraciones en las que se fundamentó la Sala para concluir en este sentido?

- i. En primer lugar, la Sala hizo una referencia gratuita e inútil al disponer que, de conformidad con el Preámbulo del Estatuto de Roma, uno de los objetivos centrales del mismo consiste en “poner fin a la impunidad de los autores” de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”²³⁴, que “no deben quedar sin castigo.”²³⁵
- ii. En segundo lugar, la Sala se refirió descriptivamente a la terminología empleada por los párrafos primero y segundo del artículo 27, con el fin de justificar la improcedencia de la capacidad oficial del Jefe de Estado de un Estado no Parte, y la no afección de la competencia de la Corte²³⁶.

²³³ Véase ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-3, para. 41. En términos generales, la CPI se limitó a seguir lo que ya había establecido el TPIY en los asuntos: ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Trial Chamber, “Decision on Preliminary Motions”, Decision of 8 November 2001 (Case No. IT-02-54), para. 28; ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgement of 10 December 1998 (Case No. IT-95-17/1-T), para. 140 *et seq.*; ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Appeals Chamber, “Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997”, Judgement of 29 October 1997 (Case No. IT-95-14-AR108bis), para. 41; ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, Trial Chamber, “Decision on the Bosnian Serb Leadership Deferral Proposal”, Decision of 16 May 1995 (Case No. IT-95-5-D), para. 24. En este mismo sentido, SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Appeals Chamber, “Decision on Immunity from Jurisdiction”, Decision of 31 May 2004 (Case No. SCSL-2003-01-I), paras. 50-54. Para un análisis crítico respecto de la “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, de 4 de marzo de 2009, puede consultarse GAETA, P., “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *op. cit.*, pp. 323-325. También, sobre la misma cuestión, WILLIAMS, S. y SHERIF, L., “The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 14, No. 1, 2009, pp. 71-92.

²³⁴ Preámbulo del Estatuto de Roma, considerandos 4º y 5º, citados en orden inverso.

²³⁵ ICC-02/05-01/09-3, para. 42.

²³⁶ *Ibid.*, para. 43.

- iii. En tercer lugar, y de una manera más convincente, la Sala mencionó el artículo 21 del Estatuto de Roma sobre el Derecho aplicable, afirmando que la Corte aplicará, salvo que exista una laguna, en primer lugar, el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba. Sólo entonces, la Corte procederá a aplicar el resto de fuentes previstas en los apartados b) y c) del párrafo primero del artículo 21²³⁷. El mensaje que podemos averiguar detrás de esta consideración es que, incluso cuando el Derecho Internacional otorga la inmunidad a un Jefe de Estado, se aplicarán antes y con carácter preferente las disposiciones del artículo 27 del Estatuto de Roma, que, como ya hemos manifestado en el Capítulo II, no reconoce dicha inmunidad.
- iv. Finalmente, el argumento de más peso que nos ofreció la Sala se refiere al carácter de la remisión de la situación de Darfur al Fiscal de la Corte. La intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hace que la Corte tenga jurisdicción sobre esta situación, lo cual implica que se aplicarán todas las disposiciones del Estatuto. De este modo, la Sala afirmó que: “by referring the Darfur situation to the Court, pursuant to article 13(b) of the Statute, the Security Council of the United Nations has also accepted that the investigation into the said situation, as well as any prosecution arising therefrom, will take place in accordance with the statutory framework provided for in the Statute.”²³⁸

Siguiendo la argumentación de la Sala en este temprano pronunciamiento, los elementos de juicio que ofrece la Corte para justificar la aplicación del artículo 27.2 del Estatuto de Roma y la afección de las inmunidades del Jefe de un Estado no Parte, como el Sudán, no nos parecen muy persuasivos. Será en una etapa más avanzada cuando la Corte otorgará una importancia trascendental a la naturaleza del mecanismo de remisión, el artículo 13 b) del Estatuto, que es cuando la misma

²³⁷ *Ibid.*, para. 44.

²³⁸ *Ibid.*, para. 45.

reconoce explícitamente que si *Omar Al Bashir* no disfruta más de su inmunidad de jurisdicción personal es por el efecto jurídico de la Resolución 1593 (2005):

«[A]s a result of Security Council Resolution 1593 (2005), the interactions between Sudan and the Court with respect to the Court's exercise of jurisdiction in the situation in Darfur *are regulated by the Statute*. One consequence of this is that article 27(2) of the Statute applies equally with respect to Sudan, rendering inapplicable any immunity on the ground of official capacity belonging to Sudan that would otherwise exist under international law²³⁹.»

En palabras de SCHABAS, sostener, como lo hizo en un primer momento la Sala de Cuestiones Preliminares I, que el artículo 27.2 se aplica incluso a los Jefes de Estado de Estados no Partes, porque el tenor del precepto estipula que no hay inmunidad justificable ante la Corte, parece poco convincente. Sería más acertado decir que el artículo 27.2 se aplica, primeramente, a los Estados Partes, lo cual nos obliga a buscar la construcción dogmática de su eficacia jurídica hacia los Estados no Partes en otro lugar²⁴⁰. Para empezar, la Sala de Cuestiones Preliminares debió de haber considerado, como no, el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* y el efecto relativo de los tratados internacionales, tratándose de uno de los principios más importantes en la construcción del Derecho Internacional. No obstante, cabe apuntar que, en su pronunciamiento de 6 de julio de 2017, la Sala de Cuestiones Preliminares II sí se refirió a esta cuestión, aunque de forma indirecta, afirmando que la aplicación del Estatuto, y consecuentemente del artículo 27.2, a un Estado no Parte “is an expansion of the applicability of an international treaty to a State which has not voluntarily accepted it as such.”²⁴¹

Ahora bien, no podemos estar seguros de que el Consejo de Seguridad, al remitir la situación de Darfur a la Corte, consideró los efectos que dicha remisión tendría sobre el artículo 34 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, y si ello implicaba una renuncia a las inmunidades que corresponden de manera ordinaria a *Omar Al Bashir*. La Corte se ha pronunciado, sosteniendo que se trata de una cuestión inmaterial a los efectos de la remisión:

²³⁹ ICC-02/05-01/09-302, para. 91. La cursiva es nuestra.

²⁴⁰ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 451.

²⁴¹ ICC-02/05-01/09-302, para. 89.

«It is opportune to emphasize that for this conclusion it is immaterial whether the Security Council intended – or even anticipated – that, by virtue of article 27(2) of the Statute, Omar Al-Bashir’s immunity as Head of State of Sudan would not operate to prevent his arrest sought by the Court in relation to the proceedings in the situation in Darfur referred to the Prosecutor of the Court in Resolution 1593 (2005). As explained, this is a necessary, un-severable, effect of the informed choice by the Security Council to trigger the jurisdiction of this Court and impose on Sudan the obligation to cooperate with it²⁴².»

A nuestro modo de ver, un argumento a favor de la aplicación del artículo 27.2 del Estatuto de Roma a los Jefes de Estado de Estados no Partes es considerar que la decisión de remisión del Consejo de Seguridad funciona como una especie de levantamiento o renuncia (*waiver*) de las inmunidades jurisdiccionales de tales personas. Esta cuestión ha sido abordada por la Sala de Cuestiones Preliminares II en la Decisión de 6 de julio de 2017, en la que ésta adopta una posición negando el carácter de *waiver* de la Resolución 1593 (2005), puesto que señala que no puede haber renuncia, cuando no hay inmunidad. Dicho en otros términos, si el artículo 27.2 del Estatuto deja sin inmunidad a *Omar Al Bashir*, entonces no puede haber acto de renuncia porque no hay nada que renunciar²⁴³. Pues bien, a nuestro modo de ver la cuestión, la Corte se adelanta cuando hace esta afirmación. Para que no se aplique la inmunidad, primero tiene que haber una resolución del Consejo de Seguridad, lo cual significa que antes de ese momento sí existe dicha inmunidad en el ámbito internacional.

En cambio, nosotros entendemos que hay inmunidad antes de la remisión; esto es indiscutible cuando se trata de un Estado no Parte en el Estatuto de Roma. Tratándose de un Jefe de Estado en activo, el Presidente del Sudán disfrutaba en condición de tal de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae* y *ratione materiae*. Ahora bien, lo cierto es que cuando interviene el Consejo de Seguridad, entonces, tanto la inmunidad personal, como la funcional dejan de ser aplicables por virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Ésta es una exigencia absolutamente necesaria — la actuación *ex* Capítulo VII del Consejo — cuando nos

²⁴² *Ibid.*, para. 95.

²⁴³ «The majority of the Chamber clarifies that, indeed, it sees no such “waiver” in the Security Council resolution, and that, in any case, no such waiver –whether “explicit” or “implicit”– would be necessary. A waiver can be conceived of only where immunity applies.» *Ibid.*, para. 96.

referimos a la inmunidad de un Jefe de Estado en ejercicio de un Estado no Parte. Por tanto, una vez que se materialice la remisión, el Estatuto de Roma se aplicaría íntegramente a la situación de que se trate, particularmente a la de Darfur, lo cual conlleva intrínsecamente la aplicación del artículo 27.2 del Estatuto.

En idéntico sentido se ha pronunciado, asimismo, PAPILLON, sugiriendo la *eliminación implícita* por el Consejo de Seguridad de la inmunidad de jurisdicción de Omar Al Bashir, a partir del momento en que se remitió la situación de Darfur, el 31 de marzo de 2005²⁴⁴. El planteamiento detrás de esta afirmación es que todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, al ratificar la Carta, han aceptado y reconocido la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el ejercicio de las competencias que le confiere el Capítulo VII²⁴⁵. Se entiende que entre las facultades del Consejo se encuentra la de revocar, si fuera necesario para mantener la paz y la seguridad internacionales, la inmunidad de jurisdicción de un individuo, incluso cuando se trate de los más altos cargos dentro de un Estado Miembro, como es el Jefe de Estado o el Jefe de Gobierno, como parte del espectro de medidas previstas en el mencionado Capítulo VII²⁴⁶.

Entonces, dicha renuncia, para el caso de los Estados no Partes, se podría explicar únicamente en virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas, considerando que la remisión, por la fuerza de la resolución del Consejo de Seguridad, supondría una renuncia implícita a la inmunidad de jurisdicción penal, a la que ordinariamente tendría derecho el Jefe de un Estado no Parte. Esto es, la inmunidad *ratione personae* ha sido revocada “autoritativamente²⁴⁷” por el

²⁴⁴ PAPILLON, S., “Has the United Nations Security Council Implicitly Removed Al Bashir’s Immunity?”, *International Criminal Law Review*, Vol. 10, No. 2, 2010, pp. 275-288, at p. 285.

²⁴⁵ Entre otras, pueden consultarse las siguientes obras: CHINKIN, C., *Third Parties in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 108; KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, London: Stevens & Sons, 1951, pp. 85-86, 108; SALERNO, F., “Treaties Establishing Objective Regimes”, en ARSANJANI, M.H. y CANNIZZARO, E., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 225-243, at p. 232.

²⁴⁶ Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión nos remitimos a FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “Corte Penal Internacional y crimen de agresión: el levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 71, No. 2, 2019, pp. 195-221.

²⁴⁷ Véanse TRIFFTERER, O. y BURCHARD, C., “Article 27. Irrelevance of official capacity”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 1037-1055, at p. 1054, para. 25.

Consejo de Seguridad, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, lo cual ha sido argumentado por la Corte en la causa relativa a la inmunidad de *Omar Al Bashir*:

«[T]he [Security Council] **implicitly waived** the immunities granted to Omar Al Bashir under international law and attached to his position as a Head of State²⁴⁸.»

Se trata del argumento de mayor peso jurídico, en el sentido de considerar que la actuación del Consejo de Seguridad supone, *per se*, la inaplicabilidad de la inmunidad del Jefe de Estado de que se trate. Esto mismo ha ocurrido con las dos remisiones que se han producido hasta la fecha, que supusieron la revocación de la inmunidad de *Omar Al Bashir* y, en su momento, la de *Muammar Gaddafi*; por entenderse el acto de remisión como una renuncia implícita del Sudán y de Libia de las inmunidades jurisdiccionales de sus respectivos mandatarios.

De acuerdo con este argumento, parece que estamos, *prima facie*, ante una infracción de la regla *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, teniendo en cuenta que el Estatuto de Roma no crea obligaciones exigibles *erga omnes*. Ahora bien, hemos de advertir que las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad a la Corte son bien distintas, e incluso diríamos que configuran un régimen *sui generis*. Aun cuando un tratado internacional como el Estatuto no puede crear obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento²⁴⁹ — cuestión que veremos con mayor detenimiento en el Capítulo VI, *infra* —, lo cierto es que la propia Corte ha llegado a afirmar que el Estatuto contempla una situación particular en la que las obligaciones definidas en el mismo pueden incumbir a un Estado no Parte, no como resultado de su aceptación o ratificación, que en tales casos no se ha llegado a producir, sino como resultado de la Carta de las Naciones Unidas y en virtud de ella²⁵⁰. Veamos esta cuestión más detenidamente.

²⁴⁸ Encontramos esta afirmación en la Decisión sobre la cooperación de la República Democrática del Congo en relación con la detención y entrega de *Omar Al Bashir*. Vid. ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court”, 9 April 2014, ICC-02/05-01/09-195, para. 29. La negrita es nuestra.

²⁴⁹ Según establece el Art. 34 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969.

²⁵⁰ ICC-02/05-01/09-302, paras. 83 y 89.

Pues bien, el artículo 27.2 no operaría en estos casos como una disposición estatutaria del tratado, sino que, como se explicó anteriormente, esta disposición obliga al Sudán y a Libia *en virtud de la Carta de las Naciones Unidas*, entendiendo la renuncia a la inmunidad como una parte implícita de la resolución del Consejo de Seguridad por la que se remitieron ambas situaciones. Fuera de la resolución, ni Sudán, ni Libia tendrían obligación alguna de cooperar con la Corte. Además, como se ha explicado previamente, la mejor interpretación del artículo 27.2 pasa por entender que aquélla elimina las inmunidades personales de los funcionarios del Sudán, sin importar su categoría o rango. Dado que la decisión de eliminar la inmunidad opera en virtud de una resolución adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta, y sólo con respecto a la situación remitida²⁵¹, todos los Miembros de las Naciones Unidas asumen la obligación de cooperar con la CPI y, por tanto, de detener y poner a disposición de ésta a *Omar Al Bashir*, aun cuando éste seguía ejerciendo el cargo de Jefe de Estado del Sudán²⁵².

En términos generales, cuando el Consejo de Seguridad decide remitir una situación a la Corte, no puede alterar el régimen creado por el Estatuto de Roma. Es decir, sin perjuicio de cuál es el mecanismo por el que se activa la competencia de la Corte, el Estatuto se aplicaría siempre íntegramente a la situación remitida. No podemos admitir, en consecuencia, la fragmentación estatutaria, en el sentido de considerar unas disposiciones como aplicables y otras como improcedentes en el caso en cuestión. De ahí que, la situación remitida se ajustaría estrictamente a los criterios estipulados por el Estatuto, lo cual comprende la aplicación íntegra del artículo 27 de aquél²⁵³. No podemos admitir ni la divergencia de criterios, ni la fragmentación de regímenes jurídicos por el respeto al más elemental principio

²⁵¹ La CPI enfatiza que la remisión de la situación de Darfur en virtud de la Resolución 1593 (2005) afecta a los derechos y las obligaciones del Sudán estrictamente por lo que se refiere a la situación remitida, exigiendo, por tanto, la cooperación del Sudán únicamente dentro de estos parámetros: «It may be emphasized that Sudan's rights and obligations are only those related to the situation referred by the Security Council and strictly within those parameters. It is for this reason that Sudan does not have rights and obligations with respect to other Statute-based activities of the Court». *Ibid.*, para. 90.

²⁵² AKANDE, D., "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", *op. cit.*, p. 345.

²⁵³ En este mismo sentido, véase DAQUN, L., "Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?", en BERGSMO, M. y LING, Y. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing: Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012, pp. 55-74, at p. 71.

de legalidad en materia penal. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte, al disponer que: “the effect of a Security Council resolution triggering the Court’s jurisdiction under article 13(b) of the Statute is that the legal framework of the Statute applies, in its entirety, with respect to the situation referred.”²⁵⁴ Por tanto, consideramos que habrá un solo régimen aplicable con independencia del órgano promotor de la competencia de la Corte; aquel que está previsto generalmente en el Estatuto de Roma y que se aplicaría *in primis*²⁵⁵.

Desde el punto de vista doctrinal, PEDRETTI adopta una posición contraria a la teoría de la renuncia implícita de la inmunidad por las remisiones del Consejo de Seguridad. La autora entiende que esa renuncia no encuentra una base textual en la resolución y además considera que contraviene la naturaleza misma de las remisiones *ex* artículo 13 b) del Estatuto. En palabras de esta autora, “[i]t is more coherent to rely on a State’s acceptance of a waiver of immunity *ratione personae* when prosecuting alleged offenders of severe crimes before international criminal courts.”²⁵⁶ Esta propuesta que formula la autora, de que la aceptación — de la renuncia implícita — podría ser exigida o impuesta (“*imposed*”²⁵⁷) al Estado afectado por la remisión del Consejo de Seguridad, nos parece más garantista y respetuosa con su soberanía, al tratarse de un Estado que no ha consentido *ex ante* el Estatuto de Roma.

No obstante, a nuestro parecer, si el Consejo de Seguridad hubiera querido garantizar o preservar la inmunidad personal de *Omar Al Bashir* en el momento

²⁵⁴ ICC-02/05-01/09-302, para. 85. Aunque, la CPI se ha manifestado en el mismo sentido en otras decisiones: ICC, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the postponement of the execution of the request for surrender of Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to article 95 of the Rome Statute”, 1 June 2012, ICC-01/11-01/11-163, paras. 28-29; ICC, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Trial Chamber IV, “Decision on ‘Defence Application pursuant to articles 57(3)(b) & 64(6)(a) of the Statute for an order for the preparation and transmission of a cooperation request to the Government of the Republic of the Sudan’”, 1 July 2011, ICC-02/05-03/09-169, para. 15; ICC, *Situation in Darfur, Sudan*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on Application under Rule 103”, 4 February 2009, ICC-02/05-185, para. 31.

²⁵⁵ A este respecto, el tenor del Art. 13 b) del Estatuto de Roma establece que la Corte ejercerá su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 «de conformidad con las disposiciones» del propio Estatuto, independientemente de quién sea el órgano activador de dicha competencia.

²⁵⁶ PEDRETTI, R., *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Leiden, Boston: Brill-Nijhoff, 2015, p. 306.

²⁵⁷ *Ibid.*

de adoptar la Resolución 1593 (2005), se hubiera posicionado en este sentido²⁵⁸. Pues, de este modo ha procedido en su práctica anterior²⁵⁹. El hecho de que no se pronuncia explícitamente, mencionando el artículo 27.2 del Estatuto de Roma en el contenido de la resolución, no debe interpretarse como que la inmunidad de jurisdicción se tornaría en una especie de impedimento procesal para el accionar de la Corte. Todo lo contrario, dispone KRESS que el Consejo de Seguridad no está requerido para señalar específicamente el artículo 27.2, puesto que “this effect is implied in the resolution.”²⁶⁰

De esta manera, en palabras de AKANDE, cada uno de los Miembros de las Naciones Unidas ha consentido libremente cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad adoptadas en el ámbito del Capítulo VII, a fin de asegurar una acción rápida y eficaz por parte de la Organización²⁶¹. Éste es, ciertamente, el argumento que compartimos nosotros; entendemos el artículo 27 del Estatuto de Roma como una *renuncia expresa* en el caso de los Estados Partes, e *implícita* en el caso de las remisiones del Consejo de Seguridad. Asimismo, las obligaciones que emanan de sus resoluciones disfrutan de un carácter preferente, en el sentido de que, en caso de conflicto con otros compromisos internacionales de los Miembros, el artículo 103 dispone que “prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

²⁵⁸ En este sentido, puede consultarse ICC, *Situation in Darfur, Sudan*, Appeals Chamber, “Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, Cryer, de Guzman, Lafontaine, Oosterveld, and Stahn”, 17 June 2018, ICC-02/05-01/09-362, para. 7.

²⁵⁹ Véanse las siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad: Resolución 1422 (2002), de 12 de julio de 2002, sobre *El mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas* [UN Doc. S/RES/1422 (2002)], p. 1, para. 1; Resolución 1487 (2003), de 12 de junio de 2003, sobre *Mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas* [UN Doc. S/RES/1487 (2003)], p. 1, para. 1; Resolución 1497 (2003), de 1 de agosto de 2003, sobre *La situación en Liberia* [UN Doc. S/RES/1497 (2003)], p. 2, para. 7; Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, sobre los *Informes del Secretario General sobre el Sudán* [UN Doc. S/RES/1593 (2005)], p. 2, para. 6; Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero de 2011, sobre *Paz y seguridad en África* [UN Doc. S/RES/1970 (2011)], p. 3, para. 6; Resolución 1973 (2011), de 17 de marzo de 2011, sobre *La situación en Libia* [UN Doc. S/RES/1973 (2011)].

²⁶⁰ KRESS, C., “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute”, en BERGSMO, M. y LING, Y. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing: Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012, pp. 223-265, at p. 242.

²⁶¹ AKANDE, D., “The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities”, *op. cit.*, p. 342.

4.9. Los límites a la acción del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta impuestos por la invocación del «derecho de veto» de sus Miembros Permanentes. El «veto» como obstáculo para activar la jurisdicción de la Corte

En el presente epígrafe nos centraremos, fundamentalmente, en los efectos del derecho de veto sobre la competencia de la Corte, en el sentido de que su mal o abusiva utilización por uno de los Miembros Permanentes puede dar lugar a la petrificación del mecanismo de activación del artículo 13 b) del Estatuto de Roma.

La credibilidad del Consejo de Seguridad ha quedado seriamente dañada, teniendo en cuenta que, de los cinco Miembros Permanentes del órgano, tan sólo dos de ellos son actualmente Partes en el Estatuto de Roma, a saber: Francia y el Reino Unido. Aunque, si tenemos que poner fecha a esta situación crítica, a partir de la cual se agudizó la actitud desafiante del Consejo hacia la Corte, ésta coincide con la imposibilidad de alcanzar una posición común para remitir la situación en Siria a la Fiscalía de la Corte; posibilidad que quedó bloqueada el 22 de mayo de 2014 por el doble veto de China y de la Federación Rusa al proyecto de resolución del Consejo, sobre la situación en el Oriente Medio, a fin de que el Consejo remita la situación en Siria desde marzo de 2011 a la Fiscalía²⁶². Respecto de tal situación, se trataba del cuarto veto en un período de tres años por lo que tiene que ver con el conflicto en Siria, aunque esta vez relacionado con la remisión del mismo a la Corte.

En los discursos previos a la votación del proyecto de resolución en el seno del Consejo de Seguridad, el representante de Francia, el Sr. ARAUD — Estado que había impulsado la propuesta — recordó la responsabilidad de todas las partes sobre la importancia de adoptar el texto para poder reconocer la competencia de

²⁶² Véase el *Proyecto de Resolución del Consejo de Seguridad sobre Siria*, en donde se disponía que este órgano, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, «[d]ecide remitir la situación en la República Árabe Siria descrita en el párrafo 1, desde marzo de 2011, al Fiscal de la Corte Penal Internacional». El texto original de la propuesta de resolución se puede consultar en: CSNU, Proyecto de Resolución 348 (2014), de 24 de mayo de 2014 [UN Doc. S/2014/348, para. 2]. Además, los discursos pronunciados por los Estados Miembros durante la sesión del Consejo de Seguridad figuran en el *Acta Literal del Consejo de Seguridad, Sexagésimo noveno año, 7180ª sesión, jueves 22 de mayo de 2014, a las 10.00 horas, Nueva York*, UN Doc. S/PV.7180.

la Corte sobre los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad perpetrados en el territorio de Siria:

«El proyecto de resolución que tengo el honor de presentar y someter al voto de mis colegas apela a la conciencia humana. No se trata de un gesto político; es sencillamente un gesto moral. [...] Un veto ejercido hoy nos lo recordaría. Un veto abarcaría todos los crímenes. Sería un veto a la justicia. Además, justificaría de nuevo la propuesta francesa de limitar el uso del derecho de veto en casos de atrocidades masivas²⁶³.»

A su vez, la representante de los Estados Unidos de América, Sra. POWER, recordaba el historial de situaciones abiertas ante la Corte, destacando que:

«En el pasado, cuando se cometían crímenes incomparables, la Corte Penal Internacional podía actuar. [...] ¿Por qué la Corte Penal Internacional ha de exigir rendición de cuentas por las atrocidades cometidas en África, pero no en Siria, donde se están cometiendo los peores horrores de nuestro tiempo? Para quienes han planteado al Consejo de Seguridad esa pregunta tan razonable, hoy tienen la respuesta: los vetos de Rusia y China²⁶⁴.»

Además, la composición del Consejo de Seguridad es muy indicativa para determinar si adopta una actitud hostil o más o menos favorable a la Corte, como ocurre en el período actual²⁶⁵. Asimismo, esta pérdida de credibilidad se debe a que el Consejo de Seguridad, en sus dos remisiones hasta la fecha a la Fiscalía, se ha referido exclusivamente a situaciones africanas²⁶⁶. Probablemente, por ello, el gobierno de la República de Sudáfrica afirmó en la declaración de su retirada del Estatuto de Roma que la Corte, como órgano judicial, ha perdido su credibilidad

²⁶³ UN Doc. S/PV.7180, p. 4.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 5.

²⁶⁵ De los 15 Miembros Permanentes y no Permanentes del Consejo de Seguridad para el período 2019, resulta que nueve de ellos son Partes en el Estatuto de Roma [Alemania, Bélgica, Costa de Marfil, Perú, Polonia, República Dominicana, Sudáfrica, y los dos Miembros Permanentes Francia y el Reino Unido]. No obstante, la posición de los tres permanentes restantes hacia la Corte resulta invariable. Tanto los Estados Unidos como Rusia firmaron, pero nunca ratificaron, el Estatuto de Roma, y más tarde lo desaprobaron mediante la retirada de su firma. CSNU, Miembros actuales. Consulta en línea realizada el 25 de julio de 2019.

²⁶⁶ Sobre la presunta pérdida de credibilidad de algunos Estados hacia la Corte, puede consultarse SSENIONJO, M., "State withdrawal notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia", *Criminal Law Forum*, Vol. 29, No. 1, 2017, pp. 1-57, en especial p. 10.

debido, principalmente, a su relación con el Consejo de Seguridad, tratándose de un órgano político²⁶⁷.

En su Resolución 2139 (2014), de 22 de febrero, el Consejo de Seguridad no traspasó la línea de la condena, ni dio el paso que todos esperaban, pero tampoco pudo hacerlo en un momento posterior, ignorando los clamores para que se haga justicia en la República Árabe Siria:

«Condema enérgicamente las violaciones generalizadas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas por las autoridades sirias, así como las violaciones de los derechos humanos y las violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por los grupos armados, incluidas todas las formas de violencia sexual y violencia basada en el género, así como todas las violaciones graves y abusos cometidos contra niños en contravención del derecho internacional aplicable...²⁶⁸».

No obstante, esta condena energética se quedó en lo que es, una condena, pero nunca se materializó en una medida de remisión de tal situación al Fiscal de la Corte, en términos semejantes a como ocurrió con las situaciones de Darfur y Libia. ¿Por qué? Porque, como afirmamos en las líneas anteriores, si hay una sola palabra que pueda describir su acción en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, ésta sería el *oportunismo político*. Como consecuencia de sus poderes discrecionales, el Consejo actuará sólo cuando dicha actuación se ajuste a los intereses en juego de sus Miembros Permanentes. Pues, no olvidemos que estamos hablando, ante todo, de un órgano político que se caracteriza por su *actitud selectiva* en el cumplimiento de la responsabilidad que le ha sido confiada por la Carta de las Naciones Unidas²⁶⁹. En palabras del profesor CASADEVANTE, podemos afirmar que:

«Los mecanismos de seguridad colectiva previstos por la Carta y que estaban dormidos, en la actualidad, tras los cambios acaecidos, o no se aplican o se aplican

²⁶⁷ En la notificación de denuncia presentada por la República de Sudáfrica al Secretario General de las Naciones Unidas el 19 de octubre de 2016, el Estado Parte denunciante manifestó su crítica al respecto, al señalar que: «Questions on the credibility of the ICC will persist so long as three of the five permanent members of the Security Council are not State Parties to the Statute. The Security Council has also not played its part in terms of Article 16 of the Rome Statute where the involvement of the ICC will pose a threat to peace and security on the African continent.» Véase UN Doc. C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10, p. 1.

²⁶⁸ CSNU, Resolución 2139 (2014), de 22 de febrero [UN Doc. S/RES/2139 (2014), para. 1].

²⁶⁹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., «El poder y el Derecho en las Naciones Unidas: la discrecionalidad del Consejo de Seguridad», *op. cit.*, pp. 48 y ss.

selectivamente. Todo ello, *en función de los intereses de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad en el asunto de que se trate y a pesar de que los comportamientos en cuestión constituyan «crímenes internacionales»*²⁷⁰.»

Avalando este punto de vista, por su parte, LULU establece que: “the veto possessed by the permanent members of the Security Council is an inseparable part of this system.”²⁷¹ En consecuencia, se produce un distanciamiento entre la teoría y la práctica. Según el marco teórico que hemos venido estudiando en este capítulo, ante las violaciones generalizadas de los derechos humanos en Siria, lo propio hubiera sido que el Consejo de Seguridad calificara tal situación como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, como lo estipulaba el proyecto de resolución, lo que le hubiera permitido remitir el asunto a la Corte²⁷². Aunque, “en la práctica el Consejo de Seguridad —sus miembros permanentes— actúa de otro modo.”²⁷³

Pues bien, debido a estas “pasividades”²⁷⁴ y también a la actitud selectiva del Consejo de Seguridad, se ha elevado la pregunta de cómo podría contenerse esta realidad, sin dudas, peligrosa. El *derecho de veto*, que ha desempeñado un rol reconocible en el balance y la contención estratégicas entre las grandes potencias y superpotencias del Consejo de Seguridad, también tiene una cara oculta; como límite a la acción de la Corte. En última instancia, cualquier bloqueo del Consejo supondría un obstáculo a la actividad jurisdiccional de la CPI sobre una situación determinada y potencialmente remisible a la Fiscalía, con tal de que al menos uno de los Miembros con derecho de veto decida realmente ejercerlo²⁷⁵. En definitiva,

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 67. Énfasis añadido.

²⁷¹ LULU, Z., “Brief Analysis of a Few Controversial Issues in Contemporary International Criminal Law”, en BERGSMO, M. y LING, Y. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing: Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012, pp. 21-53, at p. 32.

²⁷² UN Doc. S/2014/348, considerando 7º: «Habiendo determinado que la situación en la República Árabe Siria constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales».

²⁷³ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *op. cit.*, p. 67.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 68.

²⁷⁵ En este contexto, Ruanda dijo en los discursos previos a la votación del Proyecto de Resolución del Consejo de Seguridad para Siria esto: «Rwanda aprovecha esta oportunidad para reiterar su llamamiento a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad para que consideren seriamente y con detenimiento la propuesta francesa de mantener un código de conducta entre ellos según la cual deberán *abstenerse voluntariamente de utilizar el derecho de veto en los casos de genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad*. En ese sentido, a la espera de realizar una reforma profunda del Consejo de Seguridad, consideramos que dicho código de conducta podría ser un instrumento necesario para que el Consejo pudiese volver a

un veto contribuye a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, en consonancia con lo que dice el Estatuto de Roma²⁷⁶. Como lo reconocía figurativamente la representante de Luxemburgo, Sra. LUCAS, el derecho de veto “afecta la credibilidad y la eficacia del Consejo de Seguridad, condenándolo a la inacción frente a la impunidad.”²⁷⁷

Efectivamente, el uso abusivo del derecho de veto (*abus de droit*) coloca al Consejo de Seguridad en una situación de “*punto muerto*”²⁷⁸. Ciertamente, cuando uno de los Miembros Permanentes amenaza con vetar un proyecto de resolución, incluso antes de que el mismo llegue al Consejo de Seguridad para su discusión y posterior votación, lo que suele ocurrir, hace imposible la actuación del órgano en el sentido dispuesto por el artículo 13 b) del Estatuto, lo cual impide activar la jurisdicción *latente* de la Corte en una situación determinada. En este sentido, nos podemos preguntar qué papel, si es que alguno, puede desempeñar la Asamblea General para remediar esta parálisis institucional. Esta cuestión ha sido objeto de consideración por los miembros de la Comisión de Derecho Internacional en los debates sobre la inclusión del artículo 23 del Proyecto de Estatuto, destacando las siguientes ideas:

«Algunos miembros opinaron que la facultad de someter asuntos a la Corte en virtud del párrafo 1 del artículo 23 debía conferirse también a la Asamblea General, en particular en casos en que el Consejo pudiera ver obstaculizada su actuación por el veto. Sin embargo, considerando más a fondo la cuestión, se estimó que esta disposición no debía incluirse puesto que la Asamblea General carecía de autoridad en virtud de la Carta para afectar directamente a los derechos de los Estados contra su voluntad, especialmente con respecto a cuestiones de jurisdicción penal. La Asamblea General retendría, por supuesto, la facultad que le concede la Carta de hacer recomendaciones con respecto a cuestiones incluidas en la competencia de la Corte y en función de las disposiciones de cualquier acuerdo con arreglo al artículo 2 tendrá un importante papel que desempeñar en la aplicación del Estatuto²⁷⁹.»

acoger los valores consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.» Énfasis añadido. Vid. UN Doc. S/PV.7180, p. 7.

²⁷⁶ Preámbulo del Estatuto de Roma, considerando 5º.

²⁷⁷ UN Doc. S/PV.7180, p. 8.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1, p. 41, para. 5.

El surgimiento de la idea de que había que reconocer cierto protagonismo a la Asamblea General en el marco del Estatuto de Roma deriva de “los esfuerzos actuales por definir el nuevo orden mundial, en el que ha empezado a examinarse detenidamente la relación entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, esas delegaciones se preguntaban si no debería atribuirse también esa facultad a la Asamblea General.²⁸⁰”

No obstante, a pesar de que esta idea fue propuesta durante la Conferencia Diplomática de Roma, sobre la posibilidad de conceder a la Asamblea General el mismo *locus standi* que al Consejo de Seguridad, la misma fue abandonada al final de la etapa preparatoria²⁸¹. Asimismo, sobre esta cuestión se ha pronunciado YEE, en este sentido:

«This latter proposal was however dropped by the end of the preparatory process, since there was no legal advantage to this approach. A General Assembly resolution would entail no more enforcement powers than a referral by a State²⁸².»

Sin embargo, lo cierto es que la Asamblea no ostenta *ius standi* ante la Corte y no puede suplir la necesaria intervención del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta. Aunque, ello debe entenderse sin perjuicio del papel y la relación institucional que le reconoce el *Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas*²⁸³. Además, la Asamblea General retendría, por supuesto, la facultad que le concede la Carta de las Naciones Unidas de formular recomendaciones, en virtud del artículo 11.1, respecto de los principios generales

²⁸⁰ AGNU, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Volumen I, Actuaciones del Comité Preparatorio en los períodos de sesiones de marzo y abril y de agosto de 1996, Asamblea General Documentos Oficiales, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/51/22) [UN Doc. A/51/22[VOL.I]], p. 33, para. 132.*

²⁸¹ Esta propuesta no apareció finalmente como una opción en el Proyecto de Estatuto del Comité Preparatorio presentado a la Conferencia de Plenipotenciarios.

²⁸² YEE, L., “The International Criminal Court and The Security Council: Articles 13(b) and 16”, *op. cit.*, p. 149.

²⁸³ En particular, véase la Parte II. Relaciones Institucionales (Artículo 4: *Representación reciproca*): «La Corte podrá asistir a la Asamblea General de las Naciones Unidas y participar en sus trabajos en calidad de observadora. Las Naciones Unidas, con sujeción al reglamento y la práctica de los órganos de que se trate, invitará a la Corte a asistir a las reuniones y conferencias convocadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas donde se admita la presencia de observadores y se examinen cuestiones de interés para ella.» Véase el *Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas*, ICC-ASP/3/25, Parte III, Resolución ICC-ASP/3/Res.1.

de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Así, el párrafo segundo de este último artículo establece que:

«La Asamblea General podrá discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier Miembro de las Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad, ... y salvo lo dispuesto en el Artículo 12, podrá hacer recomendaciones acerca de tales cuestiones al Estado o Estados interesados o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquéllos. *Toda cuestión* de esta naturaleza con respecto a la cual se requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla²⁸⁴.»

De ahí que, técnicamente hablando, la posibilidad de acordar una remisión a la Fiscalía de la Corte podía haber sido extendida a la Asamblea General, puesto que tiene asignadas ciertas competencias en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas y el mecanismo *Unión pro Paz*. En virtud de la Resolución 377 (V), aprobada por la Asamblea General el 3 de noviembre de 1950²⁸⁵, se puede convocar un “período extraordinario de sesiones de emergencia” en un plazo de veinticuatro horas a la presentación de una solicitud a tal efecto²⁸⁶. Pues, en la parte operativa “A” de la Resolución, la Asamblea dictamina lo siguiente:

«*Resuelve* que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales.»

Ahora bien, para que ello fuese jurídicamente viable se hubiera tenido que incluir de forma expresa el papel de la Asamblea General en el texto del Estatuto de Roma, algo que fue abandonado como idea en la Conferencia Diplomática de

²⁸⁴ Énfasis añadido.

²⁸⁵ AGNU, Resolución 377 (V), de 3 de noviembre de 1950 [UN Doc. A/RES/377(V)].

²⁸⁶ «De no estar a la sazón reunida, la Asamblea General puede reunirse en período extraordinario de sesiones de emergencia dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de una solicitud al efecto. Tal período extraordinario de sesiones de emergencia será convocado si así lo solicita el Consejo de Seguridad por el voto de siete cualesquiera de sus miembros, o bien la mayoría de los Miembros de las Naciones Unidas.» *Ibid.*

Roma. Ello porque se opinaba que como órgano principal de las Naciones Unidas la Asamblea no tiene atribuidos poderes coercitivos para que pueda condicionar los derechos soberanos de los Estados, aparte de que sus resoluciones carecen de eficacia normativa y fuerza jurídica vinculante.

Ahora bien, teniendo en cuenta la imposibilidad del Consejo de Seguridad de remitir la situación de Siria a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, resulta que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha tomado cartas en este asunto y lo ha hecho de forma decidida, estableciendo un nuevo modelo de mecanismo internacional para la justicia penal internacional, nacido, fundamentalmente, de la incapacidad del Consejo de Seguridad de remitir la situación en Siria a la Corte Penal Internacional. Además, este mecanismo nace como una nueva oportunidad para abordar algunas de las debilidades más notorias del Derecho Internacional existente, cuando, como en el presente caso, el Consejo no puede dar respuesta a un conflicto internacional por su parálisis institucional.

Más concretamente, nos referimos a la Resolución 71/248, de 21 diciembre de 2016, de la Asamblea General, mediante la que ésta dio un paso valiente y sin precedentes hasta la fecha, creando el denominado como *Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011*²⁸⁷. Mediante esta resolución, la Asamblea General destaca la necesidad de adoptar medidas prácticas para velar por qué se rindan cuentas por los más graves crímenes internacionales, como, en particular, los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en la República Árabe Siria, mediante investigaciones y enjuiciamientos adecuados, imparciales e independientes, a nivel nacional o internacional. En consecuencia, la Asamblea General, *reafirmando* su compromiso con la soberanía de la República Árabe Siria:

«Decide establecer el Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos

²⁸⁷ AGNU, Resolución 71/248, de 21 diciembre de 2016 [UN Doc. A/RES/71/248]. Por lo que se refiere a la creación de este Mecanismo Internacional y la autoridad de la Asamblea General en el marco de la Carta de las Naciones Unidas para actuar en este sentido, puede consultarse en la doctrina la contribución de WHITING, A., “An Investigation Mechanism for Syria: The General Assembly Steps into the Breach”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, No. 2, 2017, pp. 231-237.

de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011 bajo los auspicios de las Naciones Unidas para cooperar estrechamente con la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria con miras a recabar, consolidar, preservar y analizar las pruebas de violaciones del derecho internacional humanitario y de violaciones y abusos de los derechos humanos y a preparar los expedientes para facilitar y acelerar un proceso penal justo e independiente de conformidad con las normas del derecho internacional, en las cortes o los tribunales nacionales, regionales o internacionales que tengan o puedan tener jurisdicción en el futuro sobre esos delitos, de conformidad con el derecho internacional²⁸⁸».

Actualmente, el Mecanismo, con sede en Ginebra, sirve de archivo central para recopilar la información y pruebas relevantes relacionadas con los crímenes presuntamente cometidos en Siria, con el objeto de determinar la responsabilidad penal individual y llevar a cabo investigaciones específicas para llenar de manera estratégica las lagunas en las pruebas reunidas por otros agentes²⁸⁹.

A continuación, para finalizar el estudio del capítulo tenemos que abordar la cuestión de los límites a la actividad coercitiva del Consejo de Seguridad, entre los que veremos, en este orden: el principio de atribución y limitación de poderes; los Propósitos y los Principios de la Carta de las Naciones Unidas como límites a los poderes coercitivos del Consejo de Seguridad; las normas imperativas como límites al ejercicio de las prerrogativas del Capítulo VII de la Carta; y, finalmente, terminaremos con el principio de proporcionalidad.

V. LOS LÍMITES A LOS PODERES COERCITIVOS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD ESTABLECIDOS EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

²⁸⁸ *Ibid.*, para. 4.

²⁸⁹ Véase AGNU, *Informe del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011*, de 13 de febrero de 2019 [UN Doc. A/73/741]. Se trata del tercer informe presentado por el Mecanismo Internacional, que abarca las actividades que éste ha realizado durante el período comprendido entre el 1 de agosto de 2018 y el 31 de enero de 2019.

Como ha quedado de manifiesto, el Consejo de Seguridad tiene atribuidas determinadas competencias de actuación en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, reconocidas explícitamente a partir del artículo 39 de la misma. De ahí que, cualquier poder discrecional del órgano político debe derivar de las concesiones expresas que hace la Carta a su favor, con lo que, una actuación del Consejo nunca podría presumirse, sino fundamentarse en una base jurídica. Aunque, por muy amplios que sean los poderes discrecionales del Consejo, como ha destacado el TPIY, los mismos están sujetos a una serie de límites²⁹⁰. La acción del Consejo en el ámbito del Capítulo VII se rige, principalmente, por el *principio de los poderes limitados*, en virtud del cual este órgano “enjoys powers only insofar as they are conferred on it by or implied in the constituent instrument of the Organization.”²⁹¹

5.1. El principio de los poderes limitados en el marco de la Carta

El Consejo de Seguridad, como órgano principal de las Naciones Unidas, está facultado para tomar acción en los ámbitos expresamente atribuidos por los Estados Miembros en el ámbito de la Carta de las Naciones Unidas. Como hemos visto en los epígrafes precedentes, el rango de competencias atribuidas al Consejo está determinado, fundamentalmente, por los artículos 39 al 42. En consecuencia, toda decisión discrecional del órgano debe estar fundamentada en alguna de las concesiones competenciales que efectúan los Estados al órgano político, con el fin

²⁹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgement of 2 October 1995, *op. cit.*, para. 28.

²⁹¹ FRANCK, T., *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 218-221. Igualmente, pueden consultarse los siguientes autores: BAUER, A.F., *Effektivität und Legitimität: Die Entwicklung der Friedenssicherung durch Zwang nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen unter besonderer Berücksichtigung der neueren Praxis des Sicherheitsrats*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, pp. 209-213; HERDEGEN, M.J., “The “Constitutionalization” of the UN Security System”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 27, No. 1, 1994, pp. 135 y ss., at p. 154; LAMB, S., “Legal Limits to United Nations Security Council Powers”, en GOODWIN-GILL, G.S. y TALMON, S. (eds.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford: Clarendon Press, 1999, pp. 361-388, at p. 365; PELLET, A., “Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de Sécurité?”, en Société française pour le droit international, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes, 50^{ème} anniversaire des Nations Unies*, Paris: Pedone, 1995, pp. 221-238, at p. 232; SCHERMERS, H.G. y BLOKKER, N.M., *International Institutional Law*, Leiden: Brill-Nijhoff, 6^a ed. rev., 2018, pp. 65-162, at pp. 141-142.

de justificar jurídicamente su intervención en un conflicto determinado, como lo ha venido a reconocer la Corte Internacional de Justicia en su Opinión consultiva de 28 de mayo de 1948 sobre las *Condiciones de admisión de un Estado a la membresía en las Naciones Unidas*²⁹²:

«The political character of an organ cannot release it from the observance of the treaty provisions established by the Charter when they constitute limitations on its powers or criteria for its judgment. To ascertain whether an organ has freedom of choice for its decisions, reference must be made to the terms of its constitution²⁹³.»

En el caso que nos ocupa, los límites a los poderes del Consejo para remitir una situación al Fiscal de la Corte están establecidos por la Carta, siendo ésta el instrumento de su constitución. Así que, los límites de esa libertad de apreciación están fijados por el artículo 39 de la Carta en el ámbito de competencia establecido por el artículo 24 de ésta, que otorgan al Consejo una amplia discrecionalidad a fin de asegurar una acción rápida y eficaz para mantener la paz y la seguridad internacionales. En el mismo contexto, el TPIY había insistido en la existencia de unos límites constitucionales derivados de la Carta (*constitutional limitations*) a los poderes discrecionales del Consejo, por muy amplios que éstos puedan ser:

«It is clear from this text that the Security Council plays a pivotal role and exercises a very wide discretion under this Article. But this does not mean that its powers are unlimited. The Security Council is an organ of an international organization, established by a treaty which serves as a constitutional framework for that organization. *The Security Council is thus subjected to certain constitutional limitations, however broad its powers under the constitution may be.* Those powers cannot, in any case, go beyond the limits of the jurisdiction of the Organization at large, not to mention other specific limitations or those which may derive from the internal division of power within the Organization. In any case, neither the text nor the spirit of the Charter conceives of the Security Council as *legibus solutus* (unbound by law)²⁹⁴.»

En cualquier caso, la Sala de Apelaciones del TPIY pone el énfasis en que, ni el texto del examinado artículo 39, ni el espíritu de la Carta, conciben al Consejo de Seguridad como un *legibus solutus*, es decir, como un órgano obrante al margen

²⁹² ICJ, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, Advisory Opinion of 28 May 1948, *ICJ Reports* 1948, p. 57.

²⁹³ *Ibid.*, p. 64.

²⁹⁴ ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, *op. cit.*, para. 28. Énfasis añadido.

de la legalidad internacional. Por tanto, cabe afirmar que el Consejo de Seguridad está sujeto a ciertas limitaciones constitucionales que van a condicionar su acción. En todo caso, procede indicar que la determinación del Consejo de que existe una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión no es una potestad discrecional totalmente libre, en la medida en que debe circunscribirse, obligatoriamente, dentro de los límites de los Propósitos y Principios de la Carta.

5.2. Los *Propósitos* y los *Principios* de la Carta de las Naciones Unidas como límites a los poderes coercitivos del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII

La idea de que el Consejo de Seguridad se guiará por los Propósitos de las Naciones Unidas enunciados en el artículo 1 de la Carta, además de observar los Principios establecidos en el artículo 2, en todo lo que tenga que ver con su acción en materia de mantenimiento de la paz, está reflejada en el apartado segundo del artículo 24, cuyo texto es del orden siguiente:

«En el desempeño de estas funciones [la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales], el Consejo de Seguridad *procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas*²⁹⁵.»

Ahora bien, hemos de advertir que, más que unas limitaciones concretas o constitucionales, por utilizar el lenguaje del TPIY, los Propósitos y los Principios de la Carta se traducen en la práctica del Consejo de Seguridad en unas *directrices generales*. Por ejemplo, el principio estipulado en el apartado séptimo del artículo 2 de la Carta, sobre la cláusula de jurisdicción interna de los Estados, no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas por el Capítulo VII²⁹⁶. En esta

²⁹⁵ Los poderes otorgados al Consejo para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VIII y XII.

²⁹⁶ Según el tenor literal del Art. 2.7 de la Carta: «Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; *pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.*» Énfasis añadido. Véase a NOLTE, G., sobre el Art. 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*,

misma tonalidad, cuando el artículo 1 de la Carta²⁹⁷ define el *primer propósito* de la Organización, lo hace exceptuando de los principios de la justicia y del Derecho Internacional la acción colectiva del Consejo “para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz.”²⁹⁸ Sin embargo, sin perjuicio de esta excepción convencional, no hay que perder de vista que las Naciones Unidas son una Organización internacional, que ha nacido por voluntad propia de los Estados de conformidad con el Derecho Internacional, lo cual significa que, como tal, estará sometida a dicho ordenamiento durante su existencia. Pues, así lo ha dicho la CIJ en los años ochenta en el asunto relativo a la *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, afirmando lo siguiente:

«International organizations are subjects of international law and, as such, are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or under international agreements to which they are parties²⁹⁹.»

Por consiguiente, el Consejo de Seguridad, siendo un órgano principal de la Organización y formando parte de su estructura orgánica, tiene que observar las reglas generales del Derecho Internacional en el desempeño de sus funciones. Por tanto, los poderes discrecionales del Consejo de Seguridad³⁰⁰, actuando en el ámbito del Capítulo VII, están supeditados, primeramente, a las disposiciones de

Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2010, pp. 148-172, paras. 10, 16 *et seq.* Sobre la aplicabilidad del Art. 2.7 de la Carta a las medidas provisionales, en comparación con la acción coercitiva, puede consultarse la Decisión del ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, *op. cit.*, paras. 33, 56.

²⁹⁷ El Art. 1 de la Carta establece que: «Los propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz». Sobre el Art. 1 de la Carta, véanse los comentarios de WOLFRUM, R., “Article 1”, en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2010, pp. 39-47, paras. 17-19.

²⁹⁸ La mención a «los principios de la justicia y del derecho internacional» en el párrafo primero del Art. 1 hace referencia tanto a los tratados internacionales, como a la costumbre internacional y a los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas [según establece el Art. 38 del Estatuto de la CIJ].

²⁹⁹ ICJ, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion of 20 December 1980, *ICJ Reports 1980*, p. 73, at p. 89, para. 37. Énfasis añadido.

³⁰⁰ JAIN, N., “A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2, 2005, pp. 239-254, at pp. 242-244.

la Carta³⁰¹, y de forma supletoria a las reglas generales del Derecho Internacional. Aunque, del sentido corriente del apartado primero del artículo 1 de la Carta se infiere que, cuando el Consejo de Seguridad adopta medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, no estará obligado a respetar, aunque parezca inasumible en la actualidad, el Derecho Internacional³⁰². En palabras de JAIN, aun cuando este órgano disfruta de una potestad discrecional muy amplia, no hay que presumir que acaba actuando *extra legem*, esto es, sin estar constreñido en su actividad política:

«While any decision of the Security Council while acting under Chapter VII must necessarily be a political decision, that does not automatically imply that the Council can act without any deference to the principles of international law. The Security Council is a creature of treaty, and may not overstep the bounds of that treaty. [...] It is thus unlikely that the Council can act in a manner that is unconstrained by any norms of international law³⁰³.»

En este orden de ideas, podemos concluir que, en virtud de la Carta, la paz y la seguridad internacionales tienen preeminencia sobre otros criterios, como la justicia. Ello se debe, básicamente, a que la aproximación al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en el marco de la Carta de las Naciones Unidas se hace desde un enfoque estrictamente de política internacional y no tanto desde una dimensión jurídica³⁰⁴. No obstante, el Consejo de Seguridad debe acomodar sus acciones y respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, dado que es la Carta la que lo ordena en el párrafo tercero del artículo 1³⁰⁵.

³⁰¹ Según LENTNER, quien adopta esta misma posición: «the SC's decisions must be in accordance with the Charter.» LENTNER, G.M., *The UN Security Council and the International Criminal Court. The Referral Mechanism in Theory and Practice*, op. cit., p. 54. Véase asimismo TALMON, S., «Security Council Treaty Action», op. cit., p. 66: «When adapting existing treaty provisions to a particular situation, the Council is first and foremost constrained by the Charter itself.»

³⁰² Véanse FROWEIN, J.A. y KRISCH, N., «Introduction», en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, op. cit., pp. 710-712, at p. 711, para. 27; GARDAM, J.G., «Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action», *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, No. 2, 1996, pp. 285-322, at pp. 297-298; WOLFRUM, R., «Article 1», en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, op. cit., pp. 39 y ss., para. 19.

³⁰³ JAIN, N., «A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court», op. cit., p. 243.

³⁰⁴ KOSKENNIEMI, M., «The Police in the Temple Order, Justice and the UN: A Dialectical View», *European Journal of International Law*, Vol. 6, No. 3, 1995, pp. 325-348, at pp. 334-337.

³⁰⁵ Según prescribe el Art. 1.3 de la Carta respecto de los Propósitos de las Naciones Unidas. Véase, a este respecto, GOWLLAND-DEBBAS, V., «Is the UN Security Council bound by Human Rights Law?», *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 103, 2009, pp. 199-202.

En consecuencia, en el caso de que no se observaran los estándares democráticos y de respeto de los derechos humanos, su total desprecio supondría una violación de la Carta por parte del Consejo. Sin embargo, no podemos perder de vista que compete al Consejo de Seguridad encontrar el balance entre el mantenimiento de la paz y el respeto a los derechos humanos y las normas de Derecho Internacional Humanitario³⁰⁶.

5.3. Las normas imperativas o *ius cogens* como límites al ejercicio de las prerrogativas del Capítulo VII de la Carta

En lo que se refiere a las normas imperativas de Derecho Internacional que suponen un límite a la acción del Consejo de Seguridad en el ámbito del Capítulo VII de la Carta, sobre esta cuestión nos encontramos con posiciones enfrentadas en el ámbito de la doctrina; cuando, lo cierto es que, la gran parte de tales normas perentorias se han originado en el seno de las Naciones Unidas, gracias a la labor codificadora y de desarrollo progresivo de nuestra disciplina.

A este respecto, la opinión mayoritaria es que las normas imperativas o de *ius cogens*, entendidas como un orden público internacional impuesto a todos los sujetos del Derecho Internacional, incluidos los órganos de las Naciones Unidas, vinculan al Consejo de Seguridad en su actividad³⁰⁷. Ello es así porque la Carta,

³⁰⁶ Tal es así que el Consejo de Seguridad reafirma que: «cada vez que se adopten medidas en virtud del Artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, está dispuesto a tener presente el efecto que podrían tener sobre la población civil». Véase CSNU, Resolución 1325 (2000), de 31 de octubre [UN Doc. S/RES/1325 (2000), para. 14]. Vid. también Resolución 1333 (2000), de 19 de diciembre [UN Doc. S/RES/1333 (2000), p. 2, donde se dice: «Reafirmando la **necesidad** de que las sanciones contengan exenciones suficientes y eficaces para evitar que se produzcan consecuencias humanitarias perjudiciales para la población del Afganistán...»]. Énfasis añadido. Para un análisis más detallado, véase sobre el Artículo 41: FROWEIN, J.A. y KRISCH, N., «Article 41», en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, op. cit., pp. 745-746, paras. 24-25. En el ámbito del Derecho de la Unión Europea y la implementación de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad, puede consultarse el asunto *Kadi/Comisión*, Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2010 (Asunto T-85/09); *Comisión Europea y otros/Yassin Abdullah Kadi*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de julio de 2013, (Asuntos acumulados C-584/10, C-593/10 P, C-595/10 P).

³⁰⁷ Como lo ha señalado el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en el asunto *Yassin Abdullah Kadi v. Consejo y Comisión*, Sentencia de 21 de septiembre de 2005 (Asunto T-315/01), para. 226. Véase FASSBENDER, B., «Review Essay. Quis judicabit? The Security Council, Its Powers and Its Legal Control», op. cit., p. 227; MARTENCZUK, B., *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des*

siendo un tratado internacional que fundamenta la acción del Consejo, no puede derogar tal régimen imperativo, lo cual está corroborado por los artículos 53 y 64 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969³⁰⁸. De esta manera, una norma aceptada y reconocida por la Comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma de *ius cogens* representa un límite infranqueable a la acción del Consejo en el marco del Capítulo VII de la Carta³⁰⁹. Por lo que, en la opinión manifestada por HERDEGEN:

«Therefore, the peremptory norms of international law provide insurmountable limitations upon both the conferment and the exercise of competence flowing from the Charter. [...] There are some iron rules, however, that restrain even action under Chapter VII³¹⁰.»

Además, sería contrario al espíritu de la Carta de las Naciones Unidas y al desarrollo progresivo de los principios que en la misma se enuncian, mediante la labor de la Asamblea General³¹¹, manifestar que el Consejo de Seguridad podría desconocer de tales normas cuando adopta medidas en el marco del Capítulo VII. Pues, en efecto, las normas imperativas de mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Internacional, como es la prohibición del uso de la fuerza, entre otras, se han originado en el seno de esta Organización, por lo que sería como afirmar que

Weltsicherheitsrats. Die Überprüfung nichtmilitärischer Zwangsmaßnahmen durch den Internationalen Gerichtshof, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, pp. 272-274.

³⁰⁸ En virtud del Art. 53 de la CVDI [Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens")]: «Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.» Según el Art. 64 de esta Convención [Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens")]: «Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.»

³⁰⁹ No obstante, existen opiniones disidentes respecto de esta posición mayoritaria. Véanse, entre otros autores, los siguientes: LAUTERPACHT, E., *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, *ICJ Reports* 1993, p. 440, para. 100; ÖSTERDAHL, I., *Threat to the Peace. The Interpretation by the Security Council of Article 39 of the UN Charter*, *op. cit.*, pp. 91-92; PELLET, A., "Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de Sécurité?", *op. cit.*, pp. 236-237.

³¹⁰ HERDEGEN, M.J., "The "Constitutionalization" of the UN Security System", *op. cit.*, p. 156.

³¹¹ Producto de esta labor codificadora es, entre otras, la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, sobre la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* [UN Doc. A/RES/2625(XXV)].

el órgano iría contra la institucionalidad de su propia Organización, la cual lo ha creado.

En contra, la Opinión separada del Magistrado LAUTERPACHT en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, en donde establece lo que sigue:

«The concept of *jus cogens* operates as a concept superior to both customary international law and treaty. The relief which Article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of its decisions and an operative treaty obligation cannot – as a matter of simple hierarchy of norms – extend to a conflict between a Security Council resolution and *jus cogens*. Indeed, one only has to state the opposite proposition thus – that a Security Council resolution may even require participation in genocide – for its unacceptability to be apparent³¹².»

Además, en virtud del ya invocado artículo 53 de la Convención de Viena, una norma imperativa de Derecho Internacional no admite acuerdo en contrario. La consecuencia de tal contrariedad es la nulidad, a diferencia de los efectos que produce el artículo 103 de la Carta sobre la obligación contraria, que, como vamos a estudiar en el próximo capítulo, es el desplazamiento de la norma, pero no su nulidad³¹³. En consecuencia, ningún tratado internacional, ni siquiera la Carta de las Naciones Unidas, puede derogar una norma imperativa, que disfruta de una eficacia normativa reforzada. Además, tampoco los órganos creados en virtud de ese tratado pueden actuar de forma inconsistente con tales normas, superiores en rango y jerarquía³¹⁴. El artículo 64 de la Convención de Viena no hace más que confirmar este resultado, cuando estipula que “todo tratado existente que esté en

³¹² ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, op. cit., para. 100. Énfasis añadido.

³¹³ Sobre este particular puede consultarse el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en la preparación del Art. 50 del *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados* en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1966, Vol. II, pp. 248-249 [UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I] que finalmente se materializó en el Art. 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969.

³¹⁴ Cuando existe un conflicto entre dos normas jerárquicamente superiores, como bien podría ser el caso del Art. 103 de la Carta y una norma de *ius cogens*, el **principio de armonización** sugiere que «esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles.» Véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 58º período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/61/10), pp. 441-465, at p. 449, para. 4. La negrita es nuestra.

oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.³¹⁵ Por consiguiente, los efectos y el funcionamiento en caso de conflicto entre una norma de *ius cogens* y el artículo 103 de la Carta, tratándose entonces de dos normas jerárquicamente superiores, son los siguientes: a) la norma que entre en conflicto con una norma de *ius cogens* quedará por esa razón anulada, *ipso facto*; y b) la norma que entre en conflicto con el artículo 103 de la Carta será, por el contrario, inaplicable en toda su amplitud como resultado de ese conflicto³¹⁶.

Pues bien, el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas tiene el efecto de situar las obligaciones originadas en una resolución del Consejo de Seguridad, adoptada en virtud del Capítulo VII de ésta, por encima del resto de obligaciones internacionales, aunque, eso sí, creemos que con excepción de las contempladas en una norma de *ius cogens*. Ahora bien, en relación a los efectos entre una norma imperativa y una resolución del Consejo de Seguridad, el centro de tal distinción ha sido, asimismo, objeto de pronunciamiento judicial por el Tribunal de Primera Instancia de las entonces Comunidades Europeas en el asunto relativo a *Yassin Abdullah Kadi v. Consejo y Comisión*, estableciendo este Tribunal lo que sigue:

«El Derecho internacional permite considerar, pues, que existe un límite al principio de la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad: tales resoluciones deben respetar las normas perentorias fundamentales del *ius cogens*. En caso contrario, por improbable que sea dicho supuesto, no vincularían a los Estados miembros de la ONU ni, por lo tanto, a la Comunidad³¹⁷.»

5.4. El principio de proporcionalidad respecto de la acción coercitiva del Consejo de Seguridad

Finalmente, el principio de proporcionalidad puede entenderse como un requisito implícito en toda acción que lleve a cabo el Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus funciones coercitivas. Si bien ya hemos dicho que el órgano puede

³¹⁵ Sobre la Carta de las Naciones Unidas y las normas de *ius cogens*, puede consultarse a ROHR, A., *La responsabilidad internacional del Estado por violación al Jus Cogens*, Buenos Aires: SGN Editora, 2015, pp. 12-15.

³¹⁶ UN Doc. Suplemento No. 10 (A/61/10), *op. cit.*, p. 465, para. 41.

³¹⁷ Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, *Yassin Abdullah Kadi v. Consejo y Comisión*, Sentencia de 21 de septiembre de 2005 (Asunto T-315/01), para. 230.

desenvolverse en el ámbito del Capítulo VII de la Carta con desconocimiento de los principios de justicia y legalidad internacional, pues así lo prescribe el párrafo primero del artículo 1 de la Carta; no obstante, encontramos algunas indicaciones en ésta que sugieren la proporcionalidad de sus acciones. Aunque, de la lectura de los artículos del Capítulo VII, ninguno menciona el término *proporcionalidad*³¹⁸. Más bien, la redacción de esos preceptos otorga un amplio margen de apreciación al Consejo de Seguridad con respecto a la proporcionalidad de sus acciones³¹⁹. Pues, ya dijimos que nos movemos en el ámbito de un órgano que actúa conforme a criterios de oportunismo político.

En este contexto, las medidas coercitivas a considerar de conformidad con los artículos 41 y 42 de la Carta para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales deben entenderse de forma gradual. Es decir, el orden designado a cada una de estas medidas no es una cuestión vacía de contenido, sino que hay una gradación en la escala y en la intensidad de la medida, según sea una medida que no implique el uso de la fuerza armada; o bien, por el contrario, una medida de último recurso que implique el uso de la fuerza. En realidad, del lenguaje que emplea el artículo 40 de la Carta, refiriéndose a la idoneidad y a la necesidad de la medida (“medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables”), y del tenor del artículo 42 de ésta (“la acción que sea necesaria”) se puede deducir que, efectivamente, la Carta exige del Consejo una respuesta gradual y proporcionada a la intensidad del conflicto³²⁰. Por tanto, la necesidad y la proporcionalidad son parámetros determinantes de la legitimidad de las acciones coercitivas decididas por el Consejo, aunque, como vimos en las líneas precedentes, este órgano no está en la obligación de seguir el orden de las medidas, tal y como vienen enunciadas en la Carta, a fin de asegurar esa acción rápida y eficaz por parte de las Naciones

³¹⁸ GARDAM, J.G., “Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action”, *op. cit.*, pp. 307-312. Igualmente, sobre el principio de proporcionalidad puede consultarse TALMON, S., “The Security Council as World Legislature”, *op. cit.*, p. 184-185.

³¹⁹ HERDEGEN, M.J., “The “Constitutionalization” of the UN Security System”, *op. cit.*, p. 157: «[T]he application of a proportionality standard must respect the Security Council’s discretion on the appropriate measures and prohibits only the manifest excess and disproportion.»

³²⁰ El Art. 42 establece de forma clara que el Consejo de Seguridad podrá adoptar una medida que emplee el uso de la fuerza armada sólo si éste «estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo».

Unidas³²¹. En opinión de FROWEIN y KRISCH, el objetivo de la Carta es minimizar al máximo, y en la medida de lo posible, el impacto de las medidas de coerción³²².

³²¹ GARDAM, J.G., "Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action", *op. cit.*, p. 312.

³²² FROWEIN, J.A. y KRISCH, N., "Introduction", en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, *op. cit.*, p. 711, para. 30. Dado que el principio de proporcionalidad, según se infiere de los artículos que hemos visto, forma parte del "Derecho positivo" de la Carta, no hace falta salir de ésta para fundamentar jurídicamente la necesidad y la proporcionalidad de toda acción del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII. Vid. BOTHE, M., "Les limites des pouvoirs du Conseil de sécurité", en DUPUY, R.J. (ed.), *The Development of the Role of the Security Council, Colloque/Workshop Series of The Hague Academy of International Law 1992*, Vol. 13, 1993, pp. 67-82, at pp. 76-79. Igualmente, REISMAN, W.M. y STEVICK, D.L., "The Applicability of International Law Standards to United Nations Economic Sanctions Programmes", *European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998, pp. 86-141, at p. 128-131.

CAPÍTULO VI

LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REMISIÓN POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD RESPECTO DE ESTADOS NO PARTES DEL ESTATUTO DE ROMA Y MIEMBROS DE LAS NACIONES UNIDAS

A lo largo de este capítulo analizaremos los problemas de carácter jurídico, desde la perspectiva del Derecho de los Tratados, que podrían sustanciarse con respecto de un Estado no Parte en el Estatuto de Roma que tuviera la condición de Miembro de las Naciones Unidas. Es, precisamente, esta relación orgánica con la Organización la que justificaría la intervención del Consejo de Seguridad en el ámbito del Capítulo VII de la Carta, como hemos argumentado en el Capítulo V precedente. La inclusión de esta materia en el conjunto de nuestra investigación, con la que concluimos la Tercera Parte de la tesis, resulta necesaria por la afección de los derechos e intereses soberanos de aquellos Estados terceros que resultan, finalmente, remitidos a la Corte por haberse cometido la conducta criminal en su territorio o porque sus propios nacionales son considerados presuntos culpables de tales conductas.

Para esta finalidad, iniciaremos nuestro estudio con una referencia general al principio *pacta sunt servanda*, para continuar posteriormente con otro principio en materia de tratados ampliamente afectado, como es el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. A continuación, dedicaremos el segundo epígrafe del capítulo al estudio del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, siendo una norma de conflicto que hace posible la solución de algunos de los supuestos críticos de aplicación de dos o más obligaciones jurídicas contrapuestas entre sí. Ahora bien, lo cierto es que cuando interviene el Consejo de Seguridad *ex* Capítulo VII de la Carta, afectando la inmunidad de jurisdicción de un Jefe de Estado o de Gobierno en activo, entonces, tanto la inmunidad personal, como la funcional dejan de ser aplicables por virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Por último, terminaremos nuestro estudio, refiriéndonos a la acción del Consejo

de Seguridad en materia de tratados internacionales, con el objeto de comprender mejor el alcance de su creciente intervención en esta materia.

A modo de ejemplo, en este sentido, una situación remitida por el Consejo de Seguridad en el marco del artículo 13 b) del Estatuto de Roma puede dar lugar a la sustanciación de situaciones conflictivas y, más concretamente, al nacimiento de obligaciones contrapuestas o excluyentes entre sí para el Estado territorial. Se trata de obligaciones que dimanar de diversos instrumentos internacionales — la Carta de las Naciones Unidas, el propio Estatuto de Roma y también del Derecho Internacional consuetudinario — y que obligan a este mismo Estado, ya que todas ellas son válidas y aplicables a la situación de que se trate. Pues, en la aplicación del Derecho Internacional resulta siempre necesario determinar la relación exacta que existe entre dos o más principios o normas que resultan aplicables y válidas a la misma situación de hecho y al mismo tiempo¹.

I. LOS PRINCIPIOS Y REGLAS DEL DERECHO DE LOS TRATADOS A CONSIDERAR EN LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1.1. El principio *pacta sunt servanda*

El principio *pacta sunt servanda* constituye un principio fundamental de las obligaciones contractuales civiles, escenificado muy acertadamente a través de la expresión “el contrato es ley entre las partes”². Ahora bien, lo mismo podemos

¹ Pues, que dos normas resulten *aplicables* a una misma situación fáctica supone que las dos tienen fuerza vinculante con respecto a los sujetos de Derecho que se encuentran en la situación de que se trate. Por su parte, que dos normas sean *válidas* con respecto a una situación significa que cada una de ellas regula los hechos constitutivos de esa situación. Véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 58º período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/61/10), pp. 441-465, at p. 449.

² En este sentido, el Código Civil Español de 1889 establece en su Art. 1091 que: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.» Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil [BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889].

afirmar respecto de las relaciones internacionales, dado que el principio según el cual los derechos y las obligaciones internacionales deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe se ha caracterizado por ser la piedra angular del ordenamiento jurídico internacional en su conjunto³.

En palabras de SALMON, el principio de la buena fe contiene la norma *pacta sunt servanda*, aunque no podemos decir que coincide con ella completamente, en el sentido de que ésta no puede ser considerada como una aplicación del primero. Pues, el principio de la buena fe se circunscribe a la noción de *no contradicción* de las disposiciones de un tratado, esto es, un Estado no puede querer una cosa y al mismo tiempo querer lo contrario⁴. Por lo tanto, aun cuando se trate de una norma fundamental en el ámbito del Derecho de los Tratados, debe ser valorada en su justa medida, ya que puede haber razones válidas para no aplicar un tratado bajo unas determinadas circunstancias⁵.

El carácter predominante de esta norma en las relaciones internacionales viene reafirmado por la referencia indirecta que de la misma encontramos en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas⁶, así como la enunciación clara y expresa del párrafo segundo de su artículo 2. Esta última disposición dice que los Miembros de la Organización “cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.” De ahí que, el principio de la buena fe sea un principio jurídico rector que forma parte integrante de la norma *pacta sunt servanda*⁷. Dicho principio es oponible respecto de toda obligación internacional,

³ KUNZ, J.L., “The Meaning and the Range of the Norm *Pacta Sunt Servanda*”, *American Journal of International Law*, Vol. 39, No. 2, 1945, pp. 180-197, at pp. 181, 192.

⁴ CHAUMONT, Ch., “Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours*, Vol. 129, 1970, pp. 333-546, at p. 381; SALMON, J., “Article 26”, en CORTEN, O. y KLEIN, P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 659-685, at p. 674.

⁵ Por ejemplo, las cuestiones relativas a la nulidad, la terminación y la suspensión de la aplicación de un tratado internacional, ya sea porque éste no es aplicable en un caso de que se trate, porque su aplicación está temporalmente suspendida entre las partes, o simplemente porque el tratado se ha dado por terminado. En este sentido, véase la Parte V (Nulidad, terminación y suspensión de los tratados) de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969.

⁶ Cuando se establece en el considerando 3º del mismo que: «a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional». Énfasis añadido.

⁷ Véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones*, Ginebra, 4 de mayo a 19 de julio de 1966, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1966, Vol. II, p. 189, at pp. 195-298, en especial p. 231 [UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I].

con independencia de cuál sea su fuente normativa; ya se trate de una resolución que sea jurídicamente vinculante, de un tratado o de una norma consuetudinaria.

Igualmente, la norma encuentra un reconocimiento expreso en el texto del artículo 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 23 de mayo 1969⁸, afirmando: “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”⁹ En consecuencia, los tratados obligan a las partes y deben ser ejecutados por éstas de buena fe. Expresado en modo contrario, toda parte en un tratado debe abstenerse de ejecutar actos encaminados a frustrar el objeto y el fin del tratado. En idénticos términos se pronuncia el artículo 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales* de 21 de marzo de 1986¹⁰. Adicionalmente, de acuerdo con la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970¹¹, esta norma adopta el rango de principio estructural en el ámbito del Derecho Internacional¹².

⁸ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969 [UNTS, Vol. 1155, p. 443].

⁹ A la luz del tenor literal del artículo, la norma se aplica a los tratados «en vigor», refiriéndose a los compromisos internacionales vigentes entre las partes. La expresión anterior incluye tanto los tratados que están en vigor provisionalmente, conforme al Art. 25, como a los tratados que entran en vigor de forma definitiva con arreglo al Art. 24 de la Convención.

¹⁰ La *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, de 21 de marzo de 1986, no ha entrado aún en vigor, aunque complementa el ámbito de aplicación de la Convención de 1969 y regula los tratados entre uno o varios Estados y una o varias Organizaciones internacionales, así como los tratados celebrados entre Organizaciones internacionales entre sí. En cuanto a su Art. 34 (*Norma general concerniente a terceros Estados y terceras organizaciones*), el mismo establece que: «Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado o una tercera organización sin el consentimiento de ese Estado o de esa organización.»

¹¹ AGNU, Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, sobre la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas [UN Doc. A/RES/2625(XXV)]. El apartado g) de la Resolución consagra el principio de que los Estados cumplirán de buena fe todas sus obligaciones internacionales, estableciendo lo siguiente: «Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones que ha contraído en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos. Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos. Cuando las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales estén en pugna con las obligaciones que impone a los Estados Miembros de las Naciones Unidas la Carta de la Organización, prevalecerán estas últimas.»

¹² Sobre los principios estructurales del ordenamiento jurídico internacional puede consultarse LÓPEZ MARTÍN, A.G. et al. (ed.), *Derecho Internacional Público*, Madrid: Dilex, 4ª ed., 2016, pp. 34-38.

Ahora bien, a nadie escapa que la regla que analizamos se aplica solamente entre los Estados que son partes en un tratado, es decir, este principio se refiere *a las partes* que han consentido en obligarse por un tratado y con respecto a las que el tratado *está en vigor*. En cambio, nosotros nos ocupamos aquí justamente de los Estados que no son Partes en el Estatuto de Roma. Entonces, ¿por qué traemos a colación la regla *pacta sunt servanda* en esta parte de nuestro trabajo?

En primer lugar, porque el artículo 26 de la Convención es inseparable del respeto de toda disposición convencional, por lo que su mención resulte obligada en esta parte. Este artículo debe ser leído siempre en el contexto de que se trate y además es informador de todo el Derecho Internacional¹³. En segundo lugar, lo hacemos también para marcar la diferencia respecto de los terceros Estados que, sin convertirse en Partes en el Estatuto de Roma, están obligados a observar sus disposiciones conforme a las exigencias de la buena fe. Pues, tal situación podría producirse cuando dichos Estados acepten voluntariamente la competencia de la Corte por medio de una declaración *ad hoc* en virtud del artículo 12.3 del Estatuto, o bien cuando el Consejo de Seguridad decida remitir la situación a la Fiscalía de la Corte a la luz del artículo 13 b) del Estatuto. En tales circunstancias, aun cuando dichos Estados no se convierten en Partes, sí aceptan la obligación de cumplir de buena fe las disposiciones del Estatuto, impuesta por la decisión del Consejo de Seguridad *ex* Capítulo VII de la Carta.

Además, no cabe desconocer de una práctica ya consolidada, aunque no sin polémicas. El Consejo de Seguridad, como órgano político sobre el que recae la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, puede adoptar determinadas acciones en materia de tratados internacionales por considerarlas necesarias, a fin de asegurar una acción rápida y eficaz. De hecho, en los últimos años la acción del Consejo en este sentido se ha intensificado muy considerablemente, sobre todo, a partir de adoptarse la Resolución 1373 (2001),

¹³ SALMON, J., "Article 26", en CORTEN, O. y KLEIN, P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, *op. cit.*, p. 685.

de 28 de septiembre¹⁴, de manera que, con su labor de *adaptación* de estos tratados ya en vigor, puede incidir sobre su observancia y aplicabilidad entre las partes¹⁵.

La acción del Consejo de Seguridad en materia de tratados internacionales, que puede afectar indudablemente la regla *pacta sunt servanda*, ha sido rechazada por varios Estados, que han expresado su fuerte oposición a que, incluso cuando actúe en virtud del Capítulo VII, el Consejo de Seguridad no tiene la facultad de adoptar decisiones vinculantes para enmendar así un tratado en concreto. En este sentido, Pakistán se sumó sin reservas, expresando la siguiente opinión sobre la actividad del Consejo de Seguridad:

«[P]ese al alcance de su autoridad y responsabilidades, el Consejo de Seguridad no está facultado para modificar o abrogar tratados o acuerdos internacionales a los que los Estados soberanos se han adherido libremente. Las facultades del Consejo de Seguridad quedan limitadas por el párrafo 2 del Artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, que le obliga a desempeñar sus funciones de acuerdo con los propósitos y principios de la Carta¹⁶.»

¹⁴ CSNU, Resolución 1373 (2001), de 28 de septiembre de 2001, *Sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo* [UN Doc. S/RES/1373 (2001)]. Refiriéndose a la resolución, el Representante Permanente de Costa Rica, Sr. NIEHAUS, pronunció las siguientes palabras: «Sin lugar a dudas, la resolución 1373 (2001) anuncia una nueva era en las relaciones internacionales. [...] [P]or primera vez y en virtud de sus poderes consagrados en la Carta, el Consejo impuso una serie de amplias obligaciones y normas generales de conducta del tipo que tradicionalmente se reserva a tratados internacionales sobre todos los Estados a fin de luchar en contra del terrorismo internacional. [...] En pocas palabras, por primera vez en la historia, el Consejo de Seguridad ha legislado para el resto de la comunidad internacional.» [véase UN Doc. A/56/PV.25, at p. 3]. En el ámbito de la doctrina se considera que con esta resolución el Consejo de Seguridad ha entrado en su fase legislativa como “legislador del mundo”. Véanse, entre otros: ÁLVAREZ, J.E., “Hegemonic International Law Revisited”, *American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 4, 2003, pp. 873-888, at p. 874; ÁLVAREZ, J.E., “The UN’s ‘War on Terrorism’”, *International Journal of Legal Information*, Vol. 31, 2003, pp. 238-250, at p. 241; HAPPOLD, M., “Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, No. 3, 2003, pp. 593-610, at p. 596; KRISCH, N., “The Rise and Fall of Collective Security: Terrorism, US Hegemony, and the Plight of the Security Council”, en WALTER, C., VÖNEKY, S., ROEBEN, V. y SCHORKOPF, F. (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin: Springer, 2004, pp. 879-908, at p. 883.

¹⁵ Para un análisis en detalle sobre las bases jurídicas y las limitaciones del Consejo de Seguridad en esta fase legislativa, véase TALMON, S., “The Security Council as World Legislature” *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005, pp. 175-193, at pp. 179-186; WOOD, M., “The Law of Treaties and the UN Security Council: Some Reflections”, en CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 244-255, at p. 251-253.

¹⁶ CSNU, *Mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, Carta de fecha 6 de junio de 2003 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por los Representantes Permanentes de Canadá, Jordania, Liechtenstein, Nueva Zelandia y Suiza ante las Naciones Unidas (S/2003/620)*, UN Doc. S/PV.4772, p. 22.

Ahora bien, si bien el Consejo de Seguridad no puede anular formalmente, enmendar o modificar un tratado existente y en vigor, porque ésta es una facultad exclusiva de las partes en él, ello no significa que no pueda imponer obligaciones jurídicamente vinculantes a los Miembros de las Naciones Unidas *ex artículo 25*¹⁷ cuando actúa en el marco del Capítulo VII de la Carta. Ocurre todo lo contrario. Incluso, en caso de conflicto, las obligaciones dimanantes de una resolución van a prevalecer sobre cualesquiera otras creadas por otro tratado existente, incluidas las obligaciones derivadas del propio Estatuto de Roma, salvo que se trate de una obligación que nace de una norma de *ius cogens*¹⁸.

Según lo afirmado por BELLINGER sobre el poder del Consejo para imponer obligaciones de carácter abstracto y general:

«[T]he Council has invoked its Chapter VII authorities to create specific legal frameworks to address threats to international peace and security. [...] The Council has authority under Chapter VII, when necessary for the maintenance of international peace and security, to authorize measures that may be inconsistent with otherwise applicable treaties¹⁹.»

Ahora bien, la invocación fraudulenta del artículo 103 de la Carta para dar prioridad a las resoluciones del Consejo de Seguridad que alteran o modifican el contenido de los compromisos internacionales asumidos por los Miembros de la Organización, contraídos en virtud de cualquier otro tratado, iría mucho más allá del alcance previsto para este artículo²⁰, es decir, sería incompatible con su objeto y fin. Tal práctica sería contraria al principio *pacta sunt servanda*, que, como hemos dicho, obliga a las partes en un tratado a observar sus términos conforme a las

¹⁷ Según el Art. 25 de la Carta: «Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.»

¹⁸ TALMON, S., "Security Council Treaty Action", *Revue hellénique de droit international*, Vol. 62, 2009, pp. 65-116, at pp. 65-66. En este mismo sentido, STAHN, C., "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)", *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, 2003, pp. 85-104, at p. 99. En contra, véase JAIN, N., "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2, 2005, pp. 239-254, at pp. 250-251.

¹⁹ Véanse los comentarios de John B. BELLINGER, III, Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos, en la conferencia internacional: *United Nations Security Council Resolutions and the Application of International Humanitarian Law, Human Rights and Refugee Law*, pronunciada en San Remo, Italia, el 9 de septiembre de 2005.

²⁰ JAIN, N., "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", *op. cit.*, p. 251.

exigencias de la buena fe. De ahí que, cualquier resolución adoptada en el ámbito del Capítulo VII y que obligue —*exhorta* en la terminología del Consejo— a los Miembros a que actúen de forma inconsistente con el tratado de que se trate, sería una violación de este principio tan fundamental para el orden internacional. Pero estas últimas consideraciones nos sitúan en un horizonte que ha de ser alcanzado en el apartado segundo de este capítulo, específico del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, al que nos remitimos.

1.2. El principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*

Un Estado tercero, según la definición que encontramos en la letra h) del artículo 2.1 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* es “un Estado que no es parte en el tratado”²¹. Por tanto, se puede afirmar que un tercer Estado es aquel que queda fuera del ámbito de aplicación de un tratado determinado, lo cual no quiere decir que ese Estado no haya participado en las negociaciones que han culminado con la adopción del texto auténtico²².

En nuestros días, hay un acuerdo prácticamente universal por parte de los Estados que integran la Comunidad internacional alrededor de la idea de que un tratado internacional, en principio, no puede crear ni derechos, ni obligaciones para un tercer Estado, sin que medie su consentimiento. Esta regla tan básica del Derecho contractual encuentra sus orígenes más remotos en el Derecho Romano, particularmente en la formulación de la máxima latina *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, de la que se han hecho eco posteriormente la mayor parte de los sistemas

²¹ En esta materia pueden consultarse, entre otras, las siguientes contribuciones: CAHIER, P., “Le problème des effets des traités à l’égard des États tiers”, *Recueil des Cours*, Vol. 143, 1974, pp. 589-736; SIMMA, B., “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil des Cours*, Vol. 250, 1994, pp. 217-384; SMETS, P.-F., *Les effets des traités internationaux à l’égard des tiers*, Paris: Université de Paris, Institut des Hautes Etudes Internationales, 1965, p. 49; TOMUSCHAT, Ch., “Obligations arising for States without or against their will”, *Recueil des Cours*, Vol. 241, 1993, pp. 195-374; WEIL, P., *Vers une normativité relative de droit international?*, Paris: Pedone, 1982, pp. 5-47. Además, sobre los comentarios a los artículos de la Convención de Viena, véase, en especial, CORTEN, O. y KLEIN, P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 887-896.

²² A la luz del Art. 2.1, letra e), de la Convención de 1969, «se entiende por un “Estado negociador” un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado».

civiles. Por lo que se refiere a nuestra disciplina, cabe decir que el principio se ha trasladado al ámbito del Derecho Internacional donde encuentra una justificación propia, que no es otra que la expresión de la soberanía estatal y la independencia política de los Estados²³.

Así las cosas, el artículo 34 de la Convención de Viena establece la *norma general concerniente a terceros Estados*, enunciando el principio del efecto relativo mediante la siguiente formulación: “[u]n tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.”²⁴ De este modo, cuando afirmamos que los tratados gozan de eficacia relativa, queremos señalar que éstos producen efectos solamente con respecto a las partes que han consentido en obligarse por el tratado internacional, y con respecto a las que el mismo ha entrado en vigor²⁵. La misma norma encuentra reconocimiento expreso, en una redacción idéntica, por el artículo 34 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1986 respecto de los Estados y las Organizaciones internacionales, o de éstas entre sí. En ambos casos, la formulación de los preceptos responde a la expresión de una hermenéutica lo más neutral posible, con el propósito de evitar interpretaciones erróneas o indeseadas.

Pues bien, según REMIRO BROTONS, la formulación del texto del artículo 34 de la Convención “se deduce directamente del principio de igualdad soberana de los Estados y cuenta con un sólido asiento en doctrina, práctica diplomática y jurisprudencia”²⁶. Esta misma idea ha sido ratificada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del *Estatuto de Carelia Oriental* con respecto al Pacto de la Sociedad de Naciones²⁷. En el asunto, en particular, se trataba de una

²³ UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I, p. 248.

²⁴ El antecedente de este Art. 34 es el Art. 30 del *Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados* de 1966, y el Art. 58 del Proyecto de 1964. En cuanto a su denominación o rúbrica, el título del artículo, aprobado provisionalmente en 1964, era «*Norma general que limita los efectos de los tratados a las partes*». No obstante, esta denominación daba lugar a equívocos entre los Estados, ya que el artículo se proponía tratar el tema de los efectos de los tratados sobre terceros Estados. Por tanto, finalmente, la Comisión decidió cambiarlo por el de «*Norma general concerniente a terceros Estados*».

²⁵ A la luz del Art. 2.1, letra g), de la CVDT, «se entiende por “parte” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor».

²⁶ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Madrid: Tecnos, 1987, pp. 355-356. Cabe decir que en la cita bibliográfica se hace referencia expresa a los «asuntos de la fábrica de Chorzow, río Oder, Zonas francas; arbitrajes de la isla de Clipperton, de la isla Palmas».

²⁷ PCIJ, *Status of the Eastern Carelia*, Advisory Opinion of 23 July 1923, Series B - No. 5, pp. 27-28.

disputa que había enfrentado a Finlandia y Rusia, concerniente a la autonomía de la Carelia Oriental. Sin embargo, Rusia había declarado en distintas ocasiones que no aceptaba la intervención de la Sociedad de las Naciones en su controversia con Finlandia, y tampoco había asumido la obligación de someter sus diferencias al mecanismo de solución de controversias que establecía el propio Pacto de la Sociedad de Naciones. En este asunto, la Corte reconocía el carácter fundamental del principio de la independencia política de los Estados en la esfera del Derecho Internacional con las siguientes palabras:

«It is well established in international law that *no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes with other States either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement*. Such consent can be given once and for all in the form of an *obligation freely undertaken*, but it can, on the contrary, also be given in a special case apart from any existing obligation. The first alternative applies to the Members of the League who, having accepted the Covenant, are under the obligation resulting from the provisions of this pact dealing with the pacific settlement of international disputes. *As concerns States not members of the League, the situation is quite different; they are not bound by the Covenant*²⁸.»

De conformidad con la Corte Permanente de Justicia Internacional, resulta que la relatividad de los tratados es una expresión del voluntarismo en el ámbito del Derecho Internacional y, más específicamente, del hecho de que:

«International law governs relations between independent States. *The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims*. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed²⁹.»

Por su parte, siguiendo a TOMUSCHAT, nos parece importantísimo destacar el lugar predominante que debe asignarse a la autonomía de la voluntad de los Estados en el ámbito del Derecho Internacional que, según el profesor, es crucial para la comprensión del orden jurídico internacional³⁰. No obstante, aun cuando la voluntad juega un papel considerable en la aparición de obligaciones jurídicas

²⁸ *Ibid.*, p. 27. Énfasis añadido.

²⁹ PCIJ, *Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)*, Judgment of 7 September 1927, Series A - No. 10, p. 18. Énfasis añadido.

³⁰ TOMUSCHAT, Ch., "Obligations arising for States without or against their will", *op. cit.*, pp. 195-374.

para el Estado, que son de su exclusiva responsabilidad, el autor destaca que por sí sola la misma no puede dar cuenta de todas esas obligaciones³¹.

Siguiendo el tenor literal del artículo 34 anterior, el mismo hace alusión en su contenido a las “obligaciones” y los “derechos” que un tratado puede originar. Por lo tanto, ¿qué debemos entender por derechos y obligaciones según el sentido corriente de aquel? Teniendo en cuenta que nos encontramos ante dos categorías distintas, su tratamiento será también diferenciado. Pues, resulta que la respuesta en cuanto a las obligaciones y los derechos que puede crear un tratado “para un tercer Estado” difiere por la existencia de los artículos 35 y 36 de la Convención, que debemos tomar en consideración.

En primer lugar, el artículo 35 se refiere, con carácter general, a los tratados en que se prevén obligaciones para terceros Estados, reconociendo que un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado sólo si éste la acepta de forma expresa y por escrito; y además deberá desprenderse de la intención de las partes en el tratado que tal disposición sea el medio para crear la obligación de que se trate³². Así se ha pronunciado la Comisión en sus comentarios sobre este último artículo, diciendo que “no cabe excepción alguna en el caso de las obligaciones”³³, en el sentido de que, en principio, un tratado nunca podrá crear obligaciones para un tercer Estado que no sea parte en él. Además, ésta añadió que esta “norma es uno de los baluartes de la independencia y la igualdad de los Estados.”³⁴ Porque, efectivamente, coincidimos en que este tipo de tratados da lugar a dos realidades paralelas³⁵; una para las partes en el tratado y otra para los terceros, incidiendo sobre la independencia y la soberanía de estos últimos, en violación del apartado primero del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

³¹ *Ibid.*

³² Según este artículo, se han de cumplir dos condiciones para que un tercer Estado pueda quedar obligado: 1) que las partes en el tratado han de haber tenido la intención de crear mediante esta disposición una obligación para ese tercer Estado; y 2) que el tercer Estado ha de haber aceptado expresamente por escrito la obligación.

³³ UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 248.

³⁴ *Ibid.*, p. 249.

³⁵ La Comisión estimó que cuando se cumplen las condiciones exigidas por el Art. 35 de la CVDT, en realidad hay un segundo acuerdo colateral entre las partes en el tratado, por un lado, y el tercer Estado, por otro. La obligación que se le impone a este último encuentra su fundamento, no en el propio tratado, sino en el acuerdo colateral, cuál es la expresión de la voluntad de las partes en el primero. No obstante, al tercero no se le puede considerar parte en el tratado.

Además, cabe advertir que ésta es la posición que refleja la amplia práctica jurisprudencial de los tribunales internacionales, según los que los tratados, sean bilaterales o multilaterales, no pueden imponer obligaciones a los Estados que no sean parte en ellos, ni tampoco alterar el contenido de sus derechos legítimos sin que hayan expresado su consentimiento³⁶. En este contexto, a modo de contraste, nos parece oportuno citar el asunto de la *Isla de Palmas*, en el que el Arbitro Max HUBER estableció, *grosso modo*, que los tratados firmados por España con terceros Estados en los que se reconocía su soberanía sobre las Filipinas no podían obligar a los Países Bajos, puesto que dichos tratados eran *res inter alios acta*, esto es ajenos a la voluntad de este último país y que, por tanto, no le podían vincular en modo alguno. Más concretamente, en el laudo arbitral encontramos el siguiente pasaje: “[i]t is evident that whatever may be the right construction of a treaty, it cannot be interpreted as disposing of the rights of independent third Powers.”³⁷

A este respecto, podemos destacar que en virtud del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* los Estados considerados *terceros* mantienen todavía una *res inter alios acta*³⁸. Se trata de una expresión que encuentra su reconocimiento en el Derecho contractual³⁹ y que puede traducirse como ‘cosa realizada entre otros’, y, por lo tanto, se entiende ajena a los demás. Pues, la misma máxima es aplicable en el ámbito del Derecho Internacional entre los Estados respecto de los tratados internacionales, que son una forma de expresión o manifestación de la voluntad

³⁶ *Ibid.*, p. 248.

³⁷ PCA, *Island of Palmas Case (or Miangas) (United States v. The Netherlands)*, Award of 4 April 1928, Vol. II RIAA, pp. 829-871, at p. 842.

³⁸ Véase CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1956*, Vol. II, pp. 103 y ss., UN Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.I. Véase, en concreto, el informe preparado por Gerald FITZMAURICE, Relator Especial de la CDI, Doc. A/CN.4/101, p. 107. En los artículos del *Código para el Derecho relativo a los Tratados* encontramos el Art. 6 (*Res inter alios acta*), estableciendo: «El tratado sólo crea derechos, obligaciones o relaciones entre los Estados que son partes en él. Sin embargo, en los casos previstos en los artículos... del presente código, un Estado, indirectamente, puede adquirir derechos, contraer obligaciones, o quedar colocado en una situación dada, en virtud de un tratado en el cual no sea parte.»

³⁹ Al menos para los sistemas jurídicos europeos. Así, el Art. 1165 del Código Napoleónico señala que: «Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121». De ahí que, los acuerdos producen efectos jurídicos sólo y únicamente entre las partes contratantes, y no perjudican a los terceros. El Art. 1121 hace referencia a la estipulación en beneficio de un tercero. El Art. 1257 del Código Civil Español prescribe, igualmente, el efecto relativo de los contratos en estos términos: «Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos...». Véase el Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil [BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889].

de aquéllos. En el Derecho Internacional, “el tratado es *res inter alios acta*, un pacto que en principio no puede beneficiarle ni perjudicarlo jurídicamente”⁴⁰.

En segundo lugar, por lo que concierne al artículo 36 de la Convención⁴¹, este último precepto se refiere a la posibilidad de que un tratado establezca no ya obligaciones, sino “derechos” a favor de un tercer Estado. Al igual que en el caso anterior, si las partes en el tratado tienen la intención de conferir un derecho a un tercer Estado, o bien a un grupo de Estados, será preciso el asentimiento del tercer Estado o Estados para que ello sea factible. Según la disposición, tal asentimiento se presumirá otorgado, salvo que se demuestre lo contrario⁴². Así, como podemos apreciar, en el caso de los tratados que reconocen *derechos* hace falta únicamente el asentimiento, mientras que para el supuesto de que un tratado crea *obligaciones* para un tercer Estado, con más lógica, se exige el consentimiento de este último⁴³. Por tanto, el ejercicio efectivo del derecho está sujeto a la aceptación por el tercer Estado de ese derecho, y además deberá hacerlo con arreglo a las condiciones que para tal ejercicio estén previstas en el contenido del tratado. Entendemos que éste les confiere la posibilidad de ejercitar tal derecho o no, aunque ello no se entiende como una concesión contraria a su soberanía e independencia política.

A este respecto, la CDI ha señalado que “la práctica relativa a los tratados ofrece un número bastante apreciable de tratados que contienen estipulaciones en favor de terceros Estados.”⁴⁴ Por ejemplo, puede traerse a colación el apartado segundo del artículo 35 de la Carta de las Naciones Unidas, que estipula que un Estado que no sea Miembro de la Organización “podrá llevar a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General toda controversia en que sea

⁴⁰ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, op. cit., p. 355.

⁴¹ La rúbrica de este artículo es «*Tratados en que se prevén derechos para terceros Estados*».

⁴² El Art. 36.1 de la CVDT establece que: «Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado si con ella las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a todos los Estados y si el tercer Estado asiente a ello. Su asentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa.» Entendemos que se trata de una verdadera presunción *iuris tantum*.

⁴³ Ciertamente, el Art. 35 de la CVDT establece la obligatoriedad del consentimiento para que un tratado pueda crear una obligación para un tercer Estado. En consecuencia, se puede apreciar que cuando salimos del ámbito de los derechos y entramos en el de las obligaciones, las exigencias de la Convención cambian sustancialmente.

⁴⁴ UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 250.

parte, si acepta de antemano, en lo relativo a la controversia, las obligaciones de arreglo pacífico establecidas en esta Carta.” En otros términos, la Carta reconoce un derecho a los terceros Estados a que eleven a la atención de uno u otro órgano toda controversia, con la condición de que se acepten las obligaciones dimanantes del sistema de solución de controversias⁴⁵.

Para terminar, el significado que debemos atribuir a ambas categorías no difiere del utilizado en el ámbito del Derecho contractual interno de cada Estado, aunque, eso sí, extrapolado al ámbito del Derecho Internacional. Pues, un *derecho* es un interés legítimo subjetivo o una prerrogativa reconocida por la ley —por el Derecho Internacional⁴⁶—, en tanto que una *obligación* es una relación jurídica por la que un sujeto de Derecho Internacional está bajo la obligación de adoptar un comportamiento determinado, o de abstenerse de hacerlo, respecto de uno o más sujetos internacionales⁴⁷.

Por último, la Convención de Viena se refiere a la idea de la relatividad de los tratados en otras disposiciones similares al artículo 34 de ésta. En este sentido, en materia de aceptación de las reservas y objeción a las mismas (art. 20.4); en cuanto a la aplicación de los tratados sucesivos concernientes a la misma materia (art. 30.4); así como respecto de las enmiendas y modificaciones de los tratados multilaterales (arts. 40.4 y 41).

En definitiva, la relatividad de los tratados internacionales es la expresión del voluntarismo de los Estados de participar en las relaciones internacionales y de asumir compromisos en este ámbito⁴⁸. Lo mismo sucede con las resoluciones judiciales de los tribunales internacionales, ya que sus efectos se producen *inter partes*, esto es, aplicables sólo a las partes que intervienen en el conflicto. En este contexto, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia recoge el efecto relativo de sus decisiones en el artículo 59, cuando reconoce que: “[l]a decisión de la Corte

⁴⁵ Este artículo es un ejemplo clásico de una norma que reconoce derechos a los terceros Estados, en el sentido del Art. 36 de la Convención de Viena.

⁴⁶ SALMON, J., *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 368.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 765.

⁴⁸ Obviamente, este relativismo no impide que una norma contenida en un tratado internacional sea oponible a un tercer Estado como norma consuetudinaria. Véase, *infra*, lo establecido respecto del Art. 38 de la Convención de Viena de 1969.

no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.⁴⁹ Pues, la posibilidad de invocar la eficacia de una decisión frente a un tercer Estado, que ha permanecido ajeno a la controversia, ha sido apuntada por la Corte en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*, y además guarda una relación directa con lo que se viene conociendo como una *universalización del efecto relativo*⁵⁰.

1.2.1. *Excepciones al principio pacta tertiis nec nocent nec prosunt.* *Los tratados que establecen regímenes objetivos*

La cuestión sobre las excepciones al principio de relatividad aparece como una realidad que debemos abordar, con el fin de averiguar si existen regímenes jurídicos que, por su objetividad, resulten oponibles a los Estados que no forman parte de ellos. Así, respondiendo a esta pregunta, podremos descender del plano general al ámbito particular, determinado si, efectivamente, el Estatuto de Roma puede desplegar su eficacia jurídica más allá de los efectos *ad intra* que produce para sus Estados Partes.

En concreto, por lo que se refiere a la cuestión de si el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* admite alguna excepción en Derecho Internacional, se trata de un asunto controvertido, que como reconoce la CDI ha dejado divididos a sus miembros en el momento de elaborarse el *Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados*⁵¹. La opinión unánime de los miembros respecto de los tratados que

⁴⁹ Esta regla ha sido corroborada por la CIJ en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria*: «It is true that, in accordance with Article 59, the Court's judgments bind only the parties to and in respect of a particular case. There can be no question of holding Nigeria to decisions reached by the Court in previous cases. The real question is whether, in this case, there is cause not to follow the reasoning and conclusions of earlier cases.» Véase ICJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment of 11 June 1998, ICJ Reports 1998, p. 275, at p. 292, para. 28.

⁵⁰ Efectivamente, el efecto relativo de las sentencias judiciales no es absoluto, ya que existen casos en los que determinadas resoluciones o interpretaciones autoritativas de un tribunal, en principio limitadas a las partes, pueden desplegar efectos positivos más allá de la disputa en cuestión, sobre todo cuando se trata de asegurar la interpretación uniforme de las disposiciones de un tratado.

⁵¹ Texto aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y presentado a la Asamblea General como parte del *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones (Ginebra, 4 de mayo a 19 de julio de 1966)*, pp. 195-298, at p. 248. El Informe, que también

prevén obligaciones para terceros Estados era la de que no cabe excepción alguna a tal respecto. Aunque, las diferencias doctrinales en el ámbito de la Comisión se extendían, más concretamente, sobre la disyuntiva de si a través de un tratado se pueden conferir, otorgar o reconocer derechos a un tercer Estado, sin que éste sea parte en aquel⁵².

En palabras de DAVID, el efecto relativo de los tratados puede tener al final un carácter no tan absoluto como algunos se lo podían haber imaginado. El autor admite la posibilidad de que existan excepciones al principio *pacta tertiis* y lo hace desde la perspectiva de los artículos 35 y 36 de la Convención. Nos confirma que, a pesar del hecho de que un tratado no puede imponer *obligaciones* para terceros Estados, nada impide que el mismo pueda conferirles ciertos *derechos*, ya que esto último sería perfectamente compatible con la soberanía del tercer Estado⁵³.

Dado su carácter especial, ahora pasamos a estudiar los llamados *regímenes objetivos* creados por ciertos tratados, denominados por ROZAKIS como “tratados normativos”⁵⁴; esto es, derechos y obligaciones convencionales en el sentido de los artículos anteriores, aunque pueden llegar a ser válidos *erga omnes*. Se trata de auténticos regímenes convencionales fundados en un tratado internacional y que buscan crear derechos y obligaciones, en el sentido del artículo 34, para terceros Estados, precisamente porque ésta fue la intención de las partes en el tratado⁵⁵.

contiene comentarios sobre los proyectos de artículos, aparece en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Vol. II, pp. 187-274 [UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I].

⁵² En sus comentarios se establecía que: «La divergencia radicaba en la cuestión de saber si un tratado confiere por sí mismo derechos a un Estado que no sea parte en él. Un grupo de miembros estimaba que, si las partes lo quieren, un tratado puede tener ese efecto aunque, naturalmente, el Estado que no sea parte no estará obligado a aceptar o ejercer el derecho. Otro grupo de miembros estimaba que no existe en realidad derecho en favor del Estado que no sea parte, sino cuando éste lo acepte y sólo desde ese momento.» *Ibid.*, p. 248.

⁵³ DAVID, E., “Article 34”, en CORTEN, O. y KLEIN, P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 896.

⁵⁴ ROZAKIS, C., “Treaties and Third States: A Study in the Reinforcement of the Consensual Standards in International Law”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 35, No. 1, 1975, pp. 1-40.

⁵⁵ Sobre los llamados “regímenes objetivos” dentro del Derecho Internacional pueden consultarse las siguientes contribuciones: BARNES, R.A., “Objective Regimes Revisited”, *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 9, 2000, pp. 97-145; MARTÍN LÓPEZ, M.A., “Estudio sobre los regímenes objetivos en el derecho de los tratados”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 20, 2010, pp. 1-16; SUBEDI, S.P., “The Doctrine of Objective Regimes in International Law and the Competence of the United Nations to Impose Territorial or Peace Settlements on States”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 37, 1994, pp. 162-205.

No obstante, no encontramos ninguna referencia a este respecto en el texto de la Convención debido a que la Comisión no propuso ninguna disposición especial sobre los tratados que crean regímenes objetivos.

Efectivamente, estamos hablando de tratados, cuyas disposiciones o reglas “objetivas” se aplican con efectos generales o *erga omnes*⁵⁶ y no estrictamente *inter partes*, dado que los Estados participantes en el régimen jurídico pretenden actuar *uti universi*, en nombre de toda la Comunidad internacional para el cumplimiento de algún interés público general⁵⁷. Según la opinión de SALERNO, en estos últimos casos es particularmente relevante la intención de las partes en el tratado, en el sentido de considerar “the legal regime established by the treaty as customary, and to ensure that the agreement is considered a part ‘of the International order of things’”⁵⁸. En este caso, dice el autor, el principio de *efectividad* – del régimen – prevalecerá sobre el principio de la *igualdad soberana*.

Como ha señalado el magistrado MCNAIR en su Opinión disidente sobre la *Situación jurídica internacional del África sudoccidental* acerca del carácter objetivo del artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones, en estos regímenes las partes tienen la intención de crear un nuevo régimen o situación jurídica internacional:

«[T]o create by a multipartite treaty some new international régime or status, which soon acquires a degree of acceptance and durability extending beyond the limits of the actual contracting parties, and giving it an objective existence⁵⁹.»

⁵⁶ CAHIER, P., “Les traités établissant un statut objectif”, *Recueil des Cours*, Vol. 143, 1974, pp. 660-679; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., “Treaty Stipulations in Favor of Third States”, *American Journal of International Law*, Vol. 50, No. 2, 1956, pp. 338-357; KELSEN, H., “Contribution à la théorie du traité international”, *Revue internationale de la théorie du droit*, Vol. X, 1936, pp. 265 y ss.; MCNAIR, A., *The Law of Treaties*, Oxford: Clarendon Press, 1961, pp. 259 y ss.; PRÉVOST, J.F., *Les effets des traités conclus entre États à l’égard des États tiers*, Thèse, Paris II, 1973, pp. 378 y ss.

⁵⁷ Véase BALLADORE PALLIERI, G., *Diritto internazionale pubblico*, Milano: Giuffrè, 6ª ed., 1952, pp. 77 y ss.; MCNAIR, A., Separate Opinion, ICJ, *International Status of South West Africa*, Advisory Opinion of 11 July 1950, p. 153. En contra, ROZAKIS cuestiona la posibilidad de que un grupo de Estados partes en un tratado puedan manifestar su intención de que tal disposición sea el medio para crear obligaciones para terceros Estados “fuera del alcance de los participantes” («to produce law for third States outside the scope of the participants»). Véase en ROZAKIS, C., “Treaties and Third States: a Study in the Reinforcement of the Consensual Standards in International Law”, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁸ SALERNO, F., “Treaties Establishing Objective Regimes”, en CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, *op. cit.*, pp. 225-243, at p. 231. Para la cita que hace el autor, véanse QUADRI, R., *Diritto internazionale pubblico*, Naples: Liguori, 5ª ed., 1968, pp. 141 y ss.; ROXBURGH, R., *International Conventions and Third States*, London: Longmans, 1917, p. 81.

⁵⁹ Separate Opinion by Sir Arnold McNair, ICJ, *International Status of South West Africa*, Advisory Opinion of 11 July 1950, p. 153. Cabe afirmar que, en su opinión disidente a la Opinión consultiva, el Lord MCNAIR concedió a los mandatos internacionales una existencia “objetiva”, en el sentido

En este contexto, un ejemplo de tratado con efectos *erga omnes* puede serlo cualquier tratado constitutivo de una Organización internacional, un tratado de delimitación de fronteras marítimas y terrestres entre dos o más Estados para con la Comunidad internacional, así como también un tratado que concede un estatus político o territorial. Estos últimos son los llamados tratados de desmilitarización, internacionalización y neutralización⁶⁰. Se trata solamente de algunos ejemplos de tratados que despliegan efectos generales hacia los llamados *terceros Estados*, como los denomina la Convención de Viena. El carácter objetivo de estos tratados significa que el tercer Estado no puede disputar aquello que ha sido establecido como válido por los Estados participantes en el régimen⁶¹. De ahí que, los terceros Estados no pueden cuestionar la validez de dichos tratados, que se regirá por lo dispuesto en los artículos 42 y siguientes de la Convención, sino tan sólo pueden expresar su negativa a observar sus disposiciones⁶². La validez del tratado queda así indiscutida en estos casos, de modo que solamente puede ser cuestionada por las partes en el mismo.

Ahora, por lo que se refiere a la CDI y su posición sobre el carácter objetivo de estos tratados, ésta decidió omitir esta cuestión en el momento de redactar los proyectos de artículos, al entender que no había una aceptación general por parte de los Estados sobre la adopción de una norma que reconociera la posibilidad de crear regímenes objetivos directamente por un tratado. No obstante, la Comisión señaló que esta categoría de tratados puede encontrar fundamento en el principio del artículo 36 de la Convención, como tratados que tienen por objeto establecer

de que su validez deriva de la teoría de los asentamientos internacionales. De esta forma, él dejó de lado los argumentos esgrimidos por la CIJ sobre la fuerza vinculante del sistema de mandatos y se basó en su naturaleza y el carácter legal del Art. 22 del Pacto. Para un análisis más exhaustivo, véase FITZMAURICE, M., "Third Parties and the Law of Treaties", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, 2002, pp. 37-137, at pp. 94 y ss.

⁶⁰ Por ejemplo, los tratados que establecen la libertad de navegación en los ríos internacionales o en las vías marítimas también entran en esta categoría de tratados objetivos. El Tratado Antártico, firmado el 1 de diciembre de 1959 en Washington, es un ejemplo muy claro. Las Partes del mismo son actualmente 53 [fuente consultada el 22 de febrero de 2019 en la página web de la Secretaría del Tratado Antártico].

⁶¹ VERHOEVEN, J., *Droit international public*, Bruxelles: Éditions Larcier, 2000, p. 417.

⁶² En este mismo sentido, SALERNO, F., "Treaties Establishing Objective Regimes", *op. cit.*, p. 233. Asimismo, puede consultarse el asunto ICJ, *Case concerning the Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria)*, *Preliminary Objections*, Judgment of 26 May 1959, *ICJ Reports 1959*, p. 127, at pp. 138-139.

derechos convencionales válidos *erga omnes*⁶³. La objetividad de estos regímenes ha sido contestada, asimismo, por la práctica de los tribunales internacionales, al entender que podrían comprometer la necesidad del consentimiento inequívoco del tercer Estado para obligarse por el tratado de que se trate⁶⁴.

Compartiendo la posición doctrinal anterior, podemos afirmar, en efecto, que el principio del efecto relativo de los tratados en el Derecho Internacional es, *prima facie*, incompatible con la idea de obligaciones *erga omnes* que determinados tratados pueden llegar a imponer a terceros Estados por la materia que regulan. Nos parece más pertinente asumir que la fuerza vinculante de estas obligaciones podría proceder por vía de la costumbre internacional, más que directamente por una norma convencional. Como consecuencia, admitimos que un tratado puede introducir obligaciones *erga omnes*, sólo y únicamente si ha sido aceptado por el tercer Estado de que se trate. Siguiendo a ROZAKIS, la respuesta a estos regímenes no puede ser otra que su rechazo⁶⁵. Pues, a su entender estos tratados normativos, como los denomina, no pueden crear obligaciones para los terceros simplemente por su objetividad y porque ésta fue la intención de las partes en el instrumento.

Finalmente, reafirmando esta misma idea, SALERNO reconoce que uno de los obstáculos más importantes a la creación de dichos regímenes objetivos es el principio de relatividad de los tratados⁶⁶. La respuesta a esta reticencia obedece a la eficacia de los principios de *independencia e igualdad soberana* de los Estados⁶⁷, siendo los mismos la piedra angular de todo el sistema. En efecto, la importancia de esos principios es tal que incluso impidieron la formación de una regla general en la Convención de Viena que reconociera la posibilidad de crear, directamente

⁶³ La CDI ha señalado en sus comentarios que esto es «lo más a que puede llegarse en el momento actual.» Vid. UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 253.

⁶⁴ La realidad es que ni la Convención de Viena, ni la Comisión en sus comentarios contemplan la idea de que los tratados objetivos puedan ser vinculantes para los terceros Estados. Véanse las intervenciones de India y Uruguay: *Official Records, United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March 1967 – 24 May 1968*, UN Doc. A/CONF.39/11, pp. 192-193.

⁶⁵ «The answer should be unhesitatingly in the negative.» Vid. ROZAKIS, C., «Treaties and Third States: a Study in the Reinforcement of the Consensual Standards in International Law», *op. cit.*, p. 11.

⁶⁶ SALERNO, F., «Treaties Establishing Objective Regimes», *op. cit.*, p. 231.

⁶⁷ Sobre los principios de independencia e igualdad soberana de los Estados puede consultarse REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 1. Principios Fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1987, pp. 81-84.

por un tratado, regímenes objetivos⁶⁸. Al contrario, para emplear las palabras de la Comisión, “las partes en un tratado no pueden imponer una obligación a un tercer Estado sin su consentimiento [...] para que un Estado quede obligado por una disposición contenida en un tratado en el cual no es parte, es necesario siempre su consentimiento.”⁶⁹

Ahora bien, a los efectos de esta investigación resulta imprescindible abrir el siguiente paréntesis. En virtud de la Carta de las Naciones Unidas, el esquema que acabamos de relatar parece ser justo el contrario. A la luz del artículo 2.6 de la Carta, se ha otorgado a las Naciones Unidas la potestad de asegurar o de velar —“la Organización hará” — que todos los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con los Principios enunciados en los apartados precedentes de ese mismo artículo, en la medida en que sea necesario para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales⁷⁰. En ese supuesto, sí podemos afirmar que estamos ante un régimen convencional que impone a los Estados no Miembros de la Organización verdaderas obligaciones *erga omnes*; en otros términos, a los Estados terceros, y además lo hace sin su consentimiento⁷¹. Así, podríamos buscar una justificación para esta medida en el carácter universal del sistema de seguridad colectiva y en la necesidad de cumplir el mandato para el que fue creada la Organización. A diferencia de lo que ya hemos señalado para el párrafo segundo del artículo 35 de la Carta, en el caso del artículo 2.6 no se dijo nada sobre la aceptación expresa por parte de los terceros Estados, que se podrían ver eventualmente afectados. De ahí que, nosotros entendemos que esta aparente contradicción con lo establecido en la Convención de Viena se debe a la especial

⁶⁸ Véanse los comentarios sucintos de Chipre en el informe de la CDI, invocando las palabras de ésta: «La norma fundamental... es que las partes en un tratado no pueden imponer una obligación a un tercer Estado sin su consentimiento. Esta norma es uno de los baluartes de la independencia y la igualdad de los Estados.» Vid. UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 313.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 249. Énfasis añadido.

⁷⁰ Sobre esta cuestión pueden consultarse en la doctrina, entre otros autores: LIIVOJA, R., “The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 3, 2008, pp. 583-612, at p. 596; SCHINDLER, D., “Kollektive Sicherheit der Vereinten Nationen und dauernde Neutralität der Schweiz”, *Swiss Review of International and European Law*, Vol. 2, No. 4, 1992, pp. 435 y ss.; SIMMA, B. *et al.*, *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Third Edition, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 253-279, at p. 263; TOMUSCHAT, Ch., “Obligations arising for States without or against their will”, *op. cit.*, p. 252; WIDDOWS, K., “Security Council Resolutions and Non-Members of the United Nations”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 27, No. 2, 1978, pp. 459-462.

⁷¹ UN Doc. A/CONF.39/11, p. 192.

naturaleza de la Carta y a la posición primigenia de las Naciones Unidas respecto del mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales, lo que podría justificar la imposición de obligaciones jurídicas en este sentido, aun en contra de la voluntad de un tercer Estado, esto es, sin su consentimiento expreso.

1.2.2. *La posición de la Corte Penal Internacional sobre el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La aplicabilidad del Estatuto de Roma hacia los Estados no Partes*

Una vez expuesto el régimen general de los tratados desde la perspectiva del artículo 34 de la Convención de Viena hacia los terceros Estados, así como las excepciones al principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, ahora abordaremos la cuestión de si el régimen consagrado en el Estatuto de Roma podría estar dotado de cierta objetividad. ¿Acaso podemos considerar que este instrumento establece un “régimen convencional objetivo” destinado a un interés público general de la Comunidad internacional, como es poner fin a la impunidad de los autores de los más graves crímenes internacionales? Formulamos esta pregunta porque, en caso de que su respuesta sea positiva, entonces esos terceros Estados dispondrían de menos argumentos a su favor para negarse a cooperar con la Corte en los casos iniciados por ésta a iniciativa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

¿Cuál es la posición de la Corte sobre los efectos del artículo 34 anterior en el conjunto del Derecho Internacional? Así, en una de sus decisiones recientes la Corte ha llegado a pronunciarse sobre los efectos que el Estatuto de Roma puede llegar a producir en cuanto tratado internacional frente a los Estados que no sean Parte en él, justamente fundamentando su argumentación en el artículo 34. Nos referimos a la *Decisión sobre la “Solicitud de la Fiscalía para un pronunciamiento sobre una cuestión de competencia conforme al Artículo 19(3) del Estatuto”*, en la que la Corte afirmó contundentemente que reconoce la importancia primordial del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, aunque, no obstante, añadió que no se trata de

un principio absolutista, sino de una regla que admite ciertas excepciones (“*this principle is not without exceptions*”⁷²).

Pues bien, la Sala establece en su *dictum* una serie excepciones al principio que estudiamos, refiriéndose en primera instancia al artículo 38 de la Convención para hacer constar que determinadas normas internacionales pueden llegar a ser oponibles a un tercer Estado por vía consuetudinaria⁷³, aun cuando dicho Estado no las haya aceptado expresamente⁷⁴. Se trata de aquellas normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias y exigibles para un tercer Estado en virtud de una costumbre internacional, es decir, a partir de una norma puramente convencional se genera una norma consuetudinaria de Derecho Internacional reconocida como tal⁷⁵. De ahí que, podemos decir que se trata de una interrelación normativa que, como lo ha manifestado REMIRO BROTONS, “pone en primer término la interacción entre los tratados y la costumbre como métodos de producción normativa en el orden internacional.”⁷⁶

⁷² ICC, *Request under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute””, 6 September 2018, ICC-RoC46(3)-01/18, en especial para. 36.

⁷³ No obstante, la posición de los Estados que han *objettato persistentemente* la formación de esta norma consuetudinaria en el proceso de su creación, a partir de una norma convencional, no se ve de ninguna manera alterada. Se trata aquí de la figura del “objeto persistente”, entendiéndose por tal aquel que se opone a la creación de una costumbre internacional de forma determinante, inequívoca y persistente durante el proceso de su formación, a menos que se trate de una norma de *ius cogens*. Las normas imperativas no admiten objeciones, ni expresas ni implícitas, ni tampoco la formulación de reservas, dado que el interés meramente individual cede ante el interés general defendido por la Comunidad internacional en su conjunto. Vid. ICJ, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment of 18 December 1951, *ICJ Reports* 1951, p. 116, at p. 131. Asimismo, véase a DAVID, E., “Article 34”, en CORTEN, O. y KLEIN, P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, op. cit., p. 1410.

⁷⁴ El Art. 38 de la Convención establece que: «Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal.» Se trata, además, de una cuestión de la que se ocupó en su momento la Corte Internacional de Justicia en la Sentencia sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. En este sentido, véase ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986, *ICJ Reports* 1986, p. 14, at p. 93, para. 175.

⁷⁵ Este supuesto de interacción entre el tratado y la costumbre es el conocido como *efecto generador* en nuestra disciplina y consiste en que, a partir de la adopción de un tratado internacional se llega a *generar* una costumbre internacional que antes no existía, y que es posteriormente aceptada por los demás Estados como tal. Sobre esta cuestión puede consultarse, entre otros, LÓPEZ MARTÍN, A.G., *Derecho Internacional Público*, op. cit., pp. 151 y ss. Por ejemplo, el propio Art. 34 tiene carácter convencional y también consuetudinario, pudiendo exigirse a cualquier Estado de la Comunidad internacional que no haya ratificado la Convención de Viena de 1969.

⁷⁶ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, op. cit., p. 356, *in fine*.

Sin embargo, hay que destacar que la fuente vinculante para estos Estados, esto es, la fuerza obligatoria de las normas, es la propia costumbre y no el tratado en sí. Observando los comentarios realizados por la Comisión sobre el artículo 38 de la Convención, resulta que no podemos decir con propiedad “en ninguno de estos casos que el tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, sin establecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, *otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado como normas obligatorias de derecho consuetudinario*.⁷⁷”

Además de la anterior, otras excepciones especialmente remarcadas por la Sala de Cuestiones Preliminares son las relativas a las normas imperativas o de *ius cogens*; también los llamados regímenes objetivos; o la repetición generalizada de una práctica consuetudinaria, si el Estado no ha objetado persistentemente la costumbre durante el proceso de su formación, esto es, cuando ésta se encontraba todavía en *statu nascendi*; o la existencia de acuerdos colaterales.

En este sentido, la posición de DANILENKO es muy clara cuando señala que, con arreglo al Derecho de los Tratados, la personalidad jurídica de la Corte opera únicamente respecto de los Estados Partes, de tal manera que los terceros Estados no están jurídicamente obligados por las disposiciones del Estatuto de Roma, ya que para ellos se trata de un instrumento jurídico *res inter alios acta*⁷⁸.

Teniendo en cuenta la peculiar naturaleza del Estatuto de Roma, hay que reconocer que sus disposiciones crearán obligaciones convencionales únicamente para los Estados que son Partes en el instrumento, sin perjuicio de que podamos hablar de un instrumento que está al servicio de la Comunidad internacional en su conjunto. El Estatuto de Roma, siendo un tratado internacional, y además un tratado constitutivo de una Institución como es la Corte Penal Internacional⁷⁹, sin

⁷⁷ UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I, p. 253. Énfasis añadido.

⁷⁸ DANILENKO, G.M., “The Statute of the International Criminal Court and Third States”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, 2000, pp. 445-494, at p. 450. En el texto original se dice: «Under the law of treaties, the legal personality of the ICC operates only *vis-à-vis* Member States. Third States are not legally bound by it because for them this provision is *res inter alios acta*.»

⁷⁹ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución Internacional”, *Revista Española de Derecho Militar*, No. 75, 2000, pp. 171-204, at pp. 173-174, 188-191, 196-199.

embargo, va a desplegar sus efectos hacia el resto de Estados en lo que se refiere a su personalidad jurídico-internacional⁸⁰. Siguiendo esta línea, procede admitir la posibilidad real de que un Estado tercero entre en contacto con la Corte. Pues, del examen de algunos preceptos que encontramos en el Estatuto parece que ésta fue precisamente la intención de los Estados negociadores; conceder a los Estados no Partes una serie de derechos procesales⁸¹.

En este contexto, el artículo 12.3 del Estatuto permite que un tercer Estado acepte la competencia de la Corte sobre la base de una declaración *ad hoc* respecto de un crimen y una situación determinada. En segundo lugar, siguiendo el tenor del párrafo quinto, letra a), del artículo 87 del mismo instrumento, la Corte podrá invitar a cualquier Estado que no sea Parte a prestar la asistencia a que se refiere la Parte IX⁸² sobre la base de un arreglo especial, un acuerdo con ese Estado o de cualquier otra manera que sea adecuada a tal fin⁸³. En cualquiera de los dos casos anteriores, se trata de una actuación voluntaria por parte del Estado, con lo cual queda excluida la posibilidad de hablar de una violación de su soberanía estatal.

También, el artículo 90, en sus párrafos cuatro y sexto, aborda la cuestión de la prioridad a favor de la Corte de una solicitud concurrente de entrega de una persona presuntamente responsable cuando es requerida, a la vez, por un Estado

⁸⁰ En concreto, la Sala establece que: «[T]he application of certain provisions of the Statute may also produce effects for States not Party to the Statute. For example, if a perpetrator is charged and found guilty before this Court in accordance with the relevant jurisdictional parameters, his or her conviction may be duly taken into account before any national jurisdiction in order to avoid double jeopardy (*ne bis in idem re*), including by a State not Party to the Statute that chooses to do so, given the customary law character of this principle (or, according to certain doctrines, its status as a general principle of law). Similarly, if a sentence pronounced by the Court is executed in a State Party to the Statute, it may also be taken into account by States not Party to the Statute that wish to do so. This is especially the case if there is a bilateral agreement between the Court and the State in question on the enforcement of sentences.» Véase ICC, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute””, *op. cit.*, para. 46.

⁸¹ DANILENKO, G.M., “The Statute of the International Criminal Court and Third States”, *op. cit.*, p. 479.

⁸² Parte IX: *De la Cooperación Internacional y la Asistencia Judicial*.

⁸³ Para un análisis más profundo sobre las obligaciones “voluntarias” de asistencia y cooperación por parte de un Estado no Parte en el Estatuto nos remitimos a lo dicho por QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 397-526, sobre “La Cooperación Judicial y Penitenciaria de los Estados con la Corte Penal Internacional”. Véase, igualmente, NESI, G., “The Obligation to Cooperate with the International Criminal Court and States not Party to the Statute”, en POLITI, M. y NESI, G. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Challenge to Impunity*, Aldershot: Ashgate Publishing, 2001, pp. 221-223.

no Parte en el marco de algún tratado internacional de extradición y por la Corte en el ámbito del Estatuto. Como norma general, el Estado Parte dará prioridad a la solicitud que le haya hecho la Corte si ésta ha determinado previamente que la causa *criminis* es admisible. Por último, cabe recordar que según los criterios que determinan la competencia de la Corte en virtud del artículo 12.2 del Estatuto, un Estado tercero puede verse involucrado con la Corte de la siguiente forma: si un nacional suyo ha cometido alguno de los crímenes del artículo 5 del Estatuto en el territorio de un Estado Parte; o bien, si un nacional de un Estado Parte, o de un Estado aceptante, ha cometido uno de esos crímenes en el territorio de un tercer Estado. No obstante, para estos dos últimos supuestos la intervención de la Corte viene fundamentada en la ratificación del Estatuto de Roma por el Estado Parte, sea el de la territorialidad o el de la nacionalidad. Por tanto, cabe advertir que no se genera ninguna obligación jurídica *per se* para los Estados que no sean Partes, con lo cual no se pone en riesgo el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*⁸⁴, aunque indudablemente sus intereses soberanos se pueden ver afectados de una u otra forma. Pues, no cabe duda de que el Estado de la nacionalidad del acusado del crimen intentará proteger a sus nacionales y, en este intento, deberá entrar en contacto con la Corte, aunque sea solamente a los meros efectos procedimentales.

Ahora bien, volviendo nuevamente al artículo 36 de la Convención, resulta que un Estado que no sea Parte en el Estatuto y que decida ejercer uno de estos derechos convencionales — esto es, la aceptación de la competencia de la Corte y la posibilidad de prestar asistencia judicial a ésta como facultades voluntarias —, deberá hacerlo cumpliendo las condiciones que para su ejercicio estén prescritas en el texto del Estatuto⁸⁵.

⁸⁴ VARGAS SILVA, C.I., “La obligación de los Estados de aplicar y hacer aplicar el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en YÁÑEZ BARNUEVO, J.A. (coord.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Madrid: Casa de América, 2001, pp. 69-77, at pp. 69-71.

⁸⁵ Respondiendo a esta exigencia, entendemos que por ello el párrafo quinto, letra b), del Art. 87 del Estatuto manifiesta que: «Cuando un Estado que no sea parte en el presente Estatuto y que haya celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte *se niegue a cooperar en la ejecución de las solicitudes a que se refieran tal arreglo o acuerdo*, la Corte podrá informar de ello a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.» La cursiva es nuestra. Ciertamente, la ejecución de las solicitudes de cooperación se deberá realizar con arreglo a las disposiciones generales del Estatuto y las que eventualmente puedan preverse en el acuerdo especial.

Finalmente, la efectividad del Estatuto de Roma hacia los terceros Estados puede verse proyectada también a través del principio de complementariedad de la jurisdicción de la Corte. Como afirma QUESADA ALCALÁ, esos Estados “podrán oponer su derecho prioritario a ejercer su jurisdicción sobre ciertos individuos, interviniendo incluso ante la Corte para lograr este objetivo”⁸⁶. Efectivamente, como vimos a lo largo del Capítulo I, *supra*, diferentes disposiciones del Estatuto recogen referencias expresas a los Estados no Partes, como ocurre en el marco de las cuestiones de admisibilidad y la impugnación de la competencia de la Corte en los artículos 17 al 19 del instrumento.

Pues bien, como acabamos de observar, se trata tan sólo de *ciertos* efectos limitados al ámbito de actuación de la Corte, derivados de su interacción con los terceros Estados, y no de todos los efectos que puede llegar a producir un tratado que internacionaliza un espacio terrestre⁸⁷, como sucede, por ejemplo, en relación con el *Tratado Antártico* de 1 de diciembre de 1959⁸⁸.

Siendo esto así, cabe preguntarnos sobre la posibilidad de que el Estatuto de Roma sea capaz de generar normas de Derecho Internacional consuetudinario y que las mismas sean aplicables a los Estados no Partes, en consonancia con el principio enunciado en el artículo 38 de la Convención, como la inserción de una nueva costumbre internacional en el orden jurídico internacional⁸⁹. Por lo tanto, *¿cuándo las disposiciones convencionales de un tratado pueden convertirse en normas de Derecho Internacional consuetudinario obligatorias para todos los Estados?*

⁸⁶ QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, op. cit., pp. 127-128. Sobre el principio de complementariedad de la jurisdicción de la Corte y su incidencia sobre los Estados no Partes en el Estatuto, puede consultarse PALMISANO, G., “The ICC and Third States. Problems of jurisdiction and admissibility”, en LATTANZI, F. y SCHABAS, W.A. (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. I, Ripa Fagnano Alto: Il Sirente, 1999, pp. 392-402.

⁸⁷ A este respecto, véase CLARK, R.S., “The ICC Statute: Protecting the Sovereign Rights of Non-Parties”, en SHELTON, D. (ed.), *International Crimes, Peace and Human Rights: The Role of the ICC*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2000, pp. 207-215. Sobre el concepto de Estados no Partes en el Estatuto de Roma, véase HAFNER, G., “The Status of Third States before the International Criminal Court”, en POLITI, M. y NESI, G. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Challenge to Impunity*, Aldershot: Ashgate Publishing, 2001, pp. 241-244.

⁸⁸ *Tratado Antártico*, de 1 de diciembre de 1959. El Tratado entró en vigor el 23 de junio de 1961 de forma general. Actualmente, los Estados Partes en el mismo son 54.

⁸⁹ MORRIS, M., “High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 13-66, at pp. 57-60.

Pues bien, siguiendo el planteamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte* sobre las condiciones requeridas para la formación de una norma consuetudinaria a partir de una regla convencional, resulta que deben darse las siguientes circunstancias:

«With respect to the other elements usually regarded as necessary before a conventional rule can be considered to have become a general rule of international law, it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected.

[...]

Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, *State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked*⁹⁰.»

En este orden de cosas, y sobre la base de este pronunciamiento judicial de la Corte Internacional de Justicia, podemos construir una respuesta a la pregunta planteada arriba. De esta manera, para que una norma convencional del Estatuto de Roma pase a ser obligatoria en el ámbito internacional como una nueva norma consuetudinaria, sería necesaria la confluencia de dos elementos o requisitos. En primer lugar, la disposición estatutaria de que se trate, considerada *in abstracto*, debería tener, fundamentalmente, un carácter creador de normas, esto es, que sea considerada como la base de una norma general del Derecho⁹¹. Aunque, existen serias dudas acerca del potencial carácter generador de las normas del Estatuto, teniendo en cuenta su naturaleza eminentemente procesal. En segundo lugar, el otro elemento necesario para que una norma convencional sea considerada como una regla general en la esfera del Derecho Internacional, es la verificación de una participación muy generalizada y representativa de los Estados, que se proyecte sobre la extensión y uniformidad de la práctica en cuestión. De ahí que, estos dos elementos deben darse de tal manera que demuestren fielmente la existencia de

⁹⁰ ICJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, p. 3, at pp. 42-43, paras. 73-74. La cursiva es nuestra.

⁹¹ *Ibid.*, para. 72.

un reconocimiento general de que la regla jurídica o la obligación jurídica de que se trate resulta vinculante.

Por lo que, ahora debemos preguntarnos acerca de la posible *objetividad del Estatuto de Roma*, según la teoría general presentada. Pues, en efecto, estamos ante un tratado que, lejos de tener disposiciones normativas aplicables *erga omnes*⁹², es una norma convencional que comparte una doble naturaleza, tanto sustantiva como procedimental, caracterizada por la exhaustividad de todo proceso penal. De ahí que, teniendo en cuenta que el procedimiento es un aspecto dinámico que regula el correcto y ordenado funcionamiento de cualquier órgano judicial, este instrumento *no puede ser fuente de creación de derechos y obligaciones para los terceros Estados*, salvo que éstos acepten libre y voluntariamente la jurisdicción de la Corte mediante alguno de los mecanismos previstos a tal fin —ya sea a través de una declaración de aceptación en virtud del artículo 12.3 del Estatuto, ya sea mediante un acto de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, convirtiéndose en este último caso el Estado de que se trate directamente en Parte en el Estatuto—.

Buscando una respuesta en la doctrina, en este mismo sentido lo reconoce QUESADA ALCALÁ cuando afirma que, a pesar del gran número de ratificaciones del Estatuto de Roma⁹³, “no se han dado aún las condiciones requeridas [por la CIJ] para asegurar que una gran parte de las normas del Estatuto de Roma son normas de Derecho Internacional consuetudinario, aplicables, pues, a los Estados no Partes.⁹⁴” A lo que hay que añadir, necesariamente, el pronunciamiento de la CPI sobre el alcance de su jurisdicción, en el sentido de que la misma no puede entenderse con efectos *erga omnes*, automática o incondicional⁹⁵. Efectivamente,

⁹² Salvo por lo que respecta a algunas consideraciones generales que encontramos en el texto del Preámbulo del Estatuto de Roma. Así lo entiende también la CPI, cuando afirma que el Estatuto puede llegar a producir ciertos efectos frente a terceros Estados: «under particular circumstances, the Statute may have an effect on States not Party to the Statute, consistent with principles of international law.» Después, la Corte continúa diciendo que: «such effects may arise because of certain general characteristics of the Statute. As with the UN Charter, the Preamble of the Statute sets forth purposes and considerations of an *erga omnes* character.» Véase ICC, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute””, *op. cit.*, paras. 44-45.

⁹³ En la actualidad, 122 Estados Partes. Véase el Capítulo I de esta tesis doctoral.

⁹⁴ QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, *op. cit.*, pp. 120-129, at p. 129.

⁹⁵ ICC, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute””, *op. cit.*, para. 49.

en el estado fáctico de las cosas sería difícil argumentar que el Estatuto de Roma ha generado un Derecho Internacional consuetudinario sobre la universalidad de la jurisdicción de la Corte, en lo que se refiere a su ejercicio respecto de nacionales de Estados terceros, o la derogación de la inmunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno de estos Estados, por poner algunos ejemplos. En cualquier caso, sigue tratándose de una jurisdicción de carácter convencional y voluntario.

Pues, la práctica de los Estados, incluidos aquellos directamente afectados por el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre sus propios nacionales, incluso cuando éstos sean sus Jefes de Estado y de Gobierno, debería haber sido extensa y virtualmente uniforme — algo que no ha sucedido — para que pudiera dar lugar a la aparición de una nueva norma consuetudinaria. En definitiva, de momento no podemos afirmar que nos encontramos ante semejante realidad⁹⁶.

Un ejemplo muy claro es el tan debatido artículo 27 del Estatuto de Roma, que versa sobre la improcedencia del cargo oficial o, en términos paralelos, incide sobre la renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal reconocida generalmente, por vía consuetudinaria, a los Jefes de Estado y a los Jefes de Gobierno en activo. Este artículo es intrínsecamente una norma de naturaleza procesal y una renuncia convencional; una renuncia aceptada voluntariamente por los Estados Partes en el Estatuto de Roma. Sin embargo, esta norma no es compartida por otros muchos Estados, que desempeñan un papel, podríamos decir de objetores persistentes, lo cual dificultaría enormemente su cristalización como costumbre internacional — el supuesto recogido por el artículo 38 de la Convención —⁹⁷. De manera que, el Derecho Internacional general y la línea jurisprudencial de la Corte Internacional de Justicia consagran la inmunidad de jurisdicción como un derecho para los

⁹⁶ Aunque, admitimos la posibilidad de que, *pro futuro*, si una norma contenida actualmente en el Estatuto —aunque de nuevo señalamos que por su carácter procesal es difícilmente concebible— se consolidase como norma consuetudinaria por su amplia aceptación y práctica uniforme, sumada a la convicción de su obligatoriedad, conocida comúnmente por la doctrina como *opinio iuris*, es cuando dicha norma podría producir efectos *erga omnes*. Con ello, queremos manifestar que, para que concretas normas del Estatuto de Roma adopten la naturaleza de normas consuetudinarias, es necesario que se reúnan los dos elementos clásicos de toda costumbre internacional: que exista una práctica estatal uniforme y que haya una convicción unánime sobre la obligatoriedad de esta práctica.

⁹⁷ Sobre esta cuestión nos remitimos al epígrafe 3.3 dentro del Capítulo II, *supra*, sobre: “El artículo 27.2 del Estatuto de Roma ¿como expresión del Derecho Internacional consuetudinario?”

destinatarios de la norma y como un deber para los Estados que deben respetarla. Por tanto, en el caso del Estatuto de Roma y de su artículo 27, los problemas de reconciliación con la observación anterior son múltiples, porque nos enfrentamos a la dicotomía entre una norma consuetudinaria y otra puramente convencional, que no puede ser dictaminada mediante la aplicación del principio de la jerarquía normativa por la falta de tal jerarquía entre las fuentes del Derecho Internacional.

II. EL ARTÍCULO 103 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS Y SU SUPERIORIDAD JERÁRQUICA

Una vez concluido el estudio sobre los principios que hemos presentado en las líneas anteriores, y visto que el Estatuto de Roma no resulta oponible a los Estados terceros sino cuando éstos hayan aceptado libremente una obligación de que se trate, ahora nos encontramos ante la necesidad de determinar la relación del instrumento con el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. ¿Por qué resulta imprescindible ver esta cuestión en el conjunto de nuestra investigación?

Como ya hemos expuesto en el Capítulo V, *supra*, en los casos de remisión de una situación a la Fiscalía de la Corte por el Consejo de Seguridad en el ámbito del Capítulo VII de la Carta, tal actuación puede afectar los derechos e intereses soberanos de un Estado Miembro, tercero respecto del Estatuto de Roma. De ahí que, la sustanciación de un posible conflicto normativo entre las obligaciones que ese Estado ha asumido como Miembro de la Organización, respecto de cualquier otra obligación jurídica, se debe resolver, necesariamente, mediante la aplicación del artículo 103 de la Carta.

Se trata de una disposición clave en el intento de solucionar algunos de los problemas relacionados con obligaciones internacionales que, *prima facie*, pueden parecer inconciliables, por contrapuestas. Nos referimos a las relaciones jurídicas que nacen de la Carta, del Estatuto de Roma y también del Derecho Internacional consuetudinario, como bien podría ser la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno, por mencionar tan sólo una de las situaciones más problemáticas de nuestros días a causa de la eliminación de esta inmunidad.

Por tanto, la remisión al artículo 103 de la Carta resulta imprescindible, ya que la operatividad de este precepto, único por su clase y naturaleza, nos permite encontrar el camino para canalizar tales obligaciones jurídicas contradictorias en el orden internacional. Se trata, pues, de un conflicto entre la decisión de remisión del Consejo de Seguridad y la existencia de la norma consuetudinaria que otorga inmunidad a aquellos sujetos en el plano internacional para garantizar el correcto cumplimiento de sus funciones y sin injerencias por parte de los demás Estados. Ahora bien, siendo esto así, se trata de determinar si el artículo 103 de la Carta es aplicable en los supuestos en que la relación de conflicto se genera a partir de una norma, no ya convencional, sino consuetudinaria. No en vano estamos hablando de un precepto que puede iluminar los círculos concéntricos oscuros de nuestra disciplina.

2.1. Antecedentes. El artículo 20 del Pacto de la Sociedad de Naciones

El artículo 20 del Pacto de la Sociedad de Naciones es el antecedente más inmediato o, en palabras de la profesora LÓPEZ MARTÍN, “el precursor del artículo 103 de la Carta”⁹⁸. Con el objeto de destacar la relevancia de esta norma, incluso podríamos decir que ella marca el origen del principio jerárquico en el ámbito del Derecho Internacional que, como es bien sabido, se caracteriza por la ausencia de jerarquía entre sus fuentes. Por tanto, el artículo 20 es la primera expresión formal que encontramos de este principio, cuyo tenor literal es del orden siguiente:

«The Members of the League severally agree that this Covenant is accepted as abrogating all obligations or understandings *inter se* which are inconsistent with the terms thereof, and solemnly undertake that they will not hereafter enter into any engagements inconsistent with the terms thereof.

In case any Member of the League shall, before becoming a Member of the League, have undertaken any obligations inconsistent with the terms of this Covenant, it

⁹⁸ LÓPEZ MARTÍN, A.G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 118-133, at p. 119. Véase también KOLB, R., “L’article 103 de la Charte des Nations Unies”, *Recueil des Cours*, Vol. 367, 2013, pp. 25-252, at p. 42.

shall be the duty of such Member to take immediate steps to procure its release from such obligations⁹⁹.»

De la lectura del artículo 20 del Pacto, uno puede observar que éste se basa en un doble criterio de sistematización, al contemplar dos situaciones diferentes bajo un mismo denominador. Por un lado, el precepto se refiere a la primacía del Pacto sobre cualquier obligación internacional que adquieran los Estados y que sea incompatible con el tenor del mismo. En concreto, en primer lugar, el artículo 20 se refiere a que los Miembros de la Sociedad de Naciones aceptan y reconocen la superioridad jerárquica del Pacto sobre todos los acuerdos u obligaciones que sean incompatibles con sus términos, comprometiéndose, además, a no contraer compromisos internacionales de semejante índole. El apartado primero sanciona la eventual contrariedad o inconsistencia mediante la derogación de la obligación anterior incompatible. En segundo lugar, si un Estado, antes de convertirse en Miembro de la Sociedad, haya contraído una obligación contraria a los términos del Pacto, dicho Miembro deberá tomar las medidas oportunas para liberarse de esa obligación. Este párrafo impone, en consecuencia, una obligación de no hacer; de no concluir acuerdos contrarios al Pacto, y también una obligación de buscar los mecanismos adecuados para liberarse de dicha obligación en caso de haberse ya contraído.

Como se puede observar, el alcance y los efectos jurídicos que produce el artículo 20 del Pacto llegan mucho más allá que la fórmula que ha sido acordada en la Conferencia de San Francisco para el artículo 103 de la Carta. Pues, de forma contraria a éste, la aplicación del artículo 20 suponía la revocación automática de la obligación contraria. Como lo ha expresado KOLB, el artículo 20 no deja nada a la improvisación, puesto que confiere al texto del Pacto una primacía material y temporal generales “sans limites ostensibles”¹⁰⁰.

⁹⁹ *Pacto de la Sociedad de Naciones*, de 28 de junio de 1919, que entró en vigor el 10 de enero de 1920 [Texto en inglés]. Sobre el Art. 20 del Pacto de la Sociedad de Naciones puede consultarse, entre otros, WYATT, E., “Article 20”, en KOLB, R. (dir.), *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*, Bruxelles: Bruylant, 2014, pp. 787-810.

¹⁰⁰ KOLB, R., “L’article 103 de la Charte des Nations Unies”, *op. cit.*, p. 43.

2.2. El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Su naturaleza jurídica

Actualmente, la Carta de las Naciones Unidas hace eco del artículo 20 del Pacto en una disposición similar, concretamente en su artículo 103, consagrando el principio de primacía jurídica en el Derecho Internacional contemporáneo. Este artículo se limita a disponer en un único párrafo lo siguiente:

«En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.»

De la lectura del texto anterior, queda manifiesto que en 1945 los Estados quisieron dotar a la Carta de las Naciones Unidas de un orden jerárquico superior al resto de compromisos que los Miembros pudieran asumir internacionalmente en el futuro, y que resultasen contrarios al objeto y el fin de aquélla. Por lo tanto, con la inclusión de este artículo los Estados consiguieron *ordenar* las relaciones de la Carta para con otros acuerdos internacionales, sentenciando la superioridad jerárquica de ésta. Como podemos apreciar, a diferencia del Pacto de la Sociedad de Naciones, la Carta no distingue entre obligaciones anteriores y posteriores de los Estados Miembros, aunque entendemos que el artículo 103 abarcaría a ambos tipos de obligaciones por las siguientes razones. En primer lugar, los tratados de los que emanan las obligaciones contrarias, como sería lógico pensar, podrían ser anteriores o posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Carta para el Miembro de que se trate. Así, los actuales Miembros de las Naciones Unidas podrían haber contraído compromisos internacionales antes de su adhesión a la Organización, aunque entrasen en conflicto con la Carta una vez se haya producido la adhesión. Esta salvedad no está contemplada de forma expresa en la exégesis del artículo 103, entendemos que, no porque se le escapó al legislador, sino porque al guardar silencio al respecto se entiende que el precepto se refiere tanto a las obligaciones anteriores, como a las posteriores a la Carta, siempre que sean incompatibles con

la misma¹⁰¹. Por tanto, cabe reconocer la eficacia retroactiva del artículo 103, que extiende notoriamente sus efectos a las obligaciones contraídas por los Miembros antes del 24 de octubre de 1945¹⁰². En cualquier caso, lo que resulta indiscutible es que los Miembros deben asegurarse de que sus compromisos se acomodan a las *disposiciones constitucionales* de la Carta, que, podríamos decir, se impone como una especie de *Grundnorm* aceptada por la práctica totalidad de los Estados de la Comunidad internacional¹⁰³.

Aunque, al igual que el Pacto, cabe decir que la Carta no define lo que hay que entender por ‘conflicto’ o por ‘incompatibilidad’, dejando que la casuística y la práctica de los operadores jurídicos determinen el contenido de cada uno de estos conceptos ante un supuesto de conflictividad¹⁰⁴.

Ahora bien, conviene que nos formulemos la siguiente pregunta. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del artículo 103 de la Carta? En primer lugar, la norma que contiene el artículo 103 puede ser vista como una **norma de conflicto** que permite solucionar una situación de conflicto entre obligaciones contrapuestas. Aunque, este interrogante responde a la necesidad de determinar si el artículo 103 goza de naturaleza consuetudinaria o, por el contrario, ostenta un carácter estrictamente convencional. Por un lado, es cierto que una corriente doctrinal respalda la tesis de que el artículo 103 ha cristalizado en una costumbre internacional y tiene un carácter *cuasi* imperativo, si no imperativo, por el hecho de que confiere a la Carta un rango jerárquico superior al resto de normas que conforman el ordenamiento jurídico internacional¹⁰⁵. Por otro lado, otra corriente doctrinal rechaza la idea de

¹⁰¹ Así lo entendemos según los comentarios de BERNHARDT, R., “Article 103”, en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Second Edition, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 1292-1302, at p. 1297.

¹⁰² La Carta de las Naciones Unidas se adoptó el 26 de junio de 1945, aunque su entrada en vigor se produjo el 24 de octubre de 1945, de conformidad con el párrafo tercero de su Art. 110.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 1295.

¹⁰⁴ KOLB, R., “L’article 103 de la Charte des Nations Unies”, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁵ Sobre el carácter consuetudinario del Art. 103 se pronuncia de forma decidida CONFORTI, B., “Consistency Among Treaty Obligations”, en CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 187-191, at p. 189; CONFORTI, B., “Organizzazione delle Nazioni Unite”, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXI, 1981, pp. 267 y ss. En un sentido igualmente favorable, véase GARRIDO MUÑOZ, A., *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. De la técnica jurídica a los valores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 338; GIARDINA, A., “The Egyptian-Israeli Peace Agreements and the Other International Obligations of the Parties”, *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 4, No. 1,

que la norma contenida en el artículo 103 sea una regla consuetudinaria¹⁰⁶. Esta posición mayoritaria se fundamenta en que la primacía que sanciona el artículo 103 a favor de la propia Carta viene impuesta por una disposición convencional, que obliga solamente a los Estados Miembros por el hecho de haber manifestado su consentimiento.

Siguiendo a CONFORTI, el principio que consagra el artículo 103 de la Carta ha sido considerado por la doctrina y la Comunidad internacional en su conjunto —lo que es todavía más importante a los efectos de establecer una práctica estatal uniforme— como un principio de naturaleza consuetudinaria que va más allá del Derecho de los Tratados. La operatividad de este principio implica que todas las obligaciones que emanan de la Carta están dotadas de un carácter inderogable y obligatorio para todos los Miembros de la Organización. De ahí que, continúa el autor, este principio puede ser clasificado, además de una regla consuetudinaria, como una norma imperativa o de *ius cogens*. En realidad, el artículo 103 no admite ni la alteración, ni la exclusión de su contenido, de tal manera que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado nulo de pleno derecho¹⁰⁷.

¿Qué significa reconocer al artículo 103 de la Carta el carácter de *ius cogens*? Para afrontar este interrogante debemos realizar dos puntualizaciones. En primer lugar, considerar al artículo 103 como una **técnica jurídica de imperatividad**, en el sentido de que se trata de una norma que prescribe la solución a una situación obligacional conflictiva. En segundo lugar, valorar la posibilidad de que la norma que contiene el artículo 103 sea una norma imperativa o de *ius cogens* en el ámbito del Derecho Internacional. Como se puede observar, nos estamos refiriendo a la misma idea; se trata de dos cuestiones distintas, aunque ambas relacionadas con la imperatividad intrínseca de la disposición.

1978, pp. 20-30, at pp. 21 y ss.; MERON, T., "On a Hierarchy of International Human Rights", *American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 1, 1986, pp. 1-23, at pp. 1 y ss.

¹⁰⁶ LAVRANOS, N., "UN Sanctions and Judicial Review", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 76, No. 1, 2007, pp. 1-17, at p. 10; TALMON, S., "The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition: *Tertium Non Datur*?", *British Yearbook of International Law*, Vol. 75, No. 1, 2005, pp. 101-181, at p. 159.

¹⁰⁷ Esta posición sobre la imperatividad del Art. 103 de la Carta la adopta y defiende CONFORTI, B., en "Consistency Among Treaty Obligations", *op. cit.*, p. 189.

Por un lado, ¿en qué medida el artículo 103 constituye una *técnica jurídica de imperatividad*, como la denomina ROBERT KOLB?¹⁰⁸ Como técnica jurídica, este artículo confiere la calidad de imperatividad a las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta, otorgándoles la primacía sobre el resto de obligaciones contraídas por esos Estados. Lo anterior no significa que el artículo 103 confiere carácter de *ius cogens* a las demás normas contenidas en la Carta, sino que constituye, por su propia idiosincrasia, una técnica jurídica de imperatividad, en virtud de la cual se establece una relación de jerarquía. Una disposición de la Carta, el artículo 103 reconoce la superioridad jerárquica de otra norma sobre el resto del ordenamiento jurídico, sin conferir a esta última el rango de norma superior¹⁰⁹. Pues bien, hoy en día parece mayoritaria la opinión de los ius-internacionalistas de que el artículo 103 recoge una cláusula de primacía en el ordenamiento jurídico internacional, a pesar de que el principio jerárquico no está tan bien pronunciado en la esfera del Derecho Internacional como sí lo es en los Derechos internos de los Estados considerados individualmente, donde sitúa sus orígenes.

Por otro lado, la segunda cuestión responde a la pregunta de si el artículo 103 es derogable por los Miembros de la Organización, esto es, de si en sí mismo constituye una *norma imperativa de Derecho Internacional general*. Para responder a esta pregunta, es necesario decir algunas palabras sobre el *ius cogens*; necesitamos saber primero qué es una norma imperativa. Resulta que el concepto clave para el entendimiento de lo que es una norma perentoria es el término de *derogabilidad*.

¹⁰⁸ KOLB, R., "L'article 103 de la Charte des Nations Unies", *op. cit.*, pp. 86 y ss.

¹⁰⁹ Lo cierto es que en el ámbito del Derecho Internacional no disponemos de un listado de normas imperativas, sino de regímenes sectoriales que pueden tener una de estas normas. En este sentido, cabe decir que GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1990, pp. 50-51 confirman la existencia de «textos internacionales donde indudablemente se recogen normas de *ius cogens*, ayudando así a paliar la inicial indeterminación». Reconocemos que la elaboración de un texto consolidado que recoja todas y cada una de las normas imperativas sería una tarea demasiado compleja, sobre todo por la prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de Derecho Internacional general sea una norma de *ius cogens*. Así que, en las palabras del profesor PASTOR RIDRUEJO, «se trataría nada menos que de redactar algo parecido a una Constitución de la comunidad internacional». Puede consultarse a PASTOR RIDRUEJO, J.A., "La determinación del contenido del "ius cogens"", *IX Congreso del IHLADI*, Lisboa, 1972, pp. 1-2. Asimismo, véase sobre esta cuestión la aportación de ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., "Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 11, 1995, pp. 3-22.

Dicho en otras palabras, la norma imperativa (*ius cogens*), a diferencia de la norma dispositiva (*ius dispositivum*), se caracteriza por el carácter particular de la norma en cuestión, es decir, por la imposibilidad de su derogación. Ello es así porque se trata de una normatividad aceptada y reconocida por los Estados en su conjunto como inderogable.

En palabras del Sr. KAMIL YASSEEN, miembro de la Comisión de Derecho Internacional entre 1960 al 1976, se entiende por norma imperativa lo que sigue:

«Une norme impérative internationale peut à notre sens être définie comme étant une norme de droit international général, supérieure dans la hiérarchie des règles dans l'ordre juridique international, étant donné son importance pour la communauté internationale¹¹⁰.»

Por su parte, tomando en consideración los criterios relativos al *ius cogens* establecidos por la Comisión para identificar una norma como norma imperativa, es necesario demostrar que la misma cumple estos dos criterios: 1) debe ser una norma de Derecho Internacional general¹¹¹; y 2) debe ser aceptada y reconocida por la Comunidad internacional de Estados como una norma inderogable¹¹².

¹¹⁰ YASSEEN, M.K., “Réflexions sur la détermination du «jus cogens»”, en Société française pour le droit international, *L'élaboration du droit international public*, Paris: Pedone, 1975, pp. 204-210, at p. 206. Para un estudio en detalle sobre el *ius cogens* pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: AKEHURST, M., “The Hierarchy of the Sources of International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, No. 1, 1975, pp. 273-285; BOS, M., “The Hierarchy Among the Recognized Manifestations (“Sources”) of International Law”, en AGO, R. et al. (eds.), *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid: Tecnos, 1979, pp. 363-374; BOS, M., “The Hierarchy among the Recognized Manifestations (“Sources”) of International Law”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 25, No. 3, 1978, pp. 334-344; MCNAIR, A., *The Law of Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 800; NAGESWAR, R., “Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Indian Journal of International Law*, Vol. 14, 1974, pp. 362-385; ROZAKIS, C., *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, New York, Oxford: North Holland Publishing, 1976, p. 206; SCHEUNER, U., “Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences. Comments on Arts. 50, 61 and 67 of the ILC’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 27, 1967, pp. 520-532; VERDROSS, A., “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 60, No. 3, 1966, pp. 55-63.

¹¹¹ En cuanto a la referencia de que debe tratarse de “normas de Derecho Internacional general”, véase ROZAKIS, C., *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, op. cit., p. 55. Este autor define como norma de Derecho Internacional general a aquella norma que tiene un ámbito de aplicación general, en el sentido que sigue: «a legal rule having a general applicability among the States of the international community».

¹¹² Véase el Capítulo VIII [Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)] del Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017), UN Doc. A/72/10, pp. 207-218, at pp. 207-208. Igualmente, el Informe de la Comisión

Tomando como punto de partida la definición anterior, y también a la luz del artículo 53 de la Convención de 1969¹¹³, que define el *ius cogens* esencialmente por los efectos que produce sobre las disposiciones contrarias — como su nulidad de pleno derecho —, omitiendo el elemento del orden público¹¹⁴, entonces resulta que podemos extraer una serie de elementos típicos que nos permitirán formular nuestra propia definición de norma perentoria o norma de *ius cogens*, como sigue:

Una norma perentoria o de ius cogens es aquella norma de Derecho Internacional consuetudinario o general, de corte sustantivo, que, por su carácter de orden público y su reconocimiento colectivo por los Estados, tiene una calidad perentoria, en el sentido de que dicha norma no puede ser derogada por la autonomía de la voluntad de los Estados al considerarse protectora de intereses generales superiores, defendidos por esa colectividad.

Finalmente, procede establecer que, tratándose de una norma inderogable, aceptada y reconocida por la Comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, la misma puede ser modificada solamente por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter, esto es, por otra norma imperativa¹¹⁵.

Volviendo al artículo 103, ahora se trata de determinar si el mismo es una norma imperativa, es decir, si el artículo 103 es derogable por parte de los Estados

de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018), UN Doc. A/73/10, pp. 244-260.

¹¹³ El Art. 53 de la Convención [Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*") establece que: «Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.» Énfasis añadido. Si bien es cierto que no existe un compendio de todas las normas que tienen carácter imperativo en el Derecho Internacional, esto es de normas *ius cogens* que protegen los intereses comunes y valores esenciales de la Comunidad internacional considerada en su conjunto, sí podemos constatar que al menos una serie de normas y principios tienen tal consideración. Es el caso, por ejemplo, del derecho de autodeterminación de los pueblos coloniales, de las normas relativas a la prohibición del uso de la fuerza armada, la prohibición del *apartheid* y el racismo, la prohibición de la esclavitud, la prohibición del genocidio, la prohibición de la tortura, así como algunas de las normas fundamentales que integran el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y también del Derecho Internacional Humanitario.

¹¹⁴ Véase, en concreto, PELLET, A., "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, No. 3, 1988-1989, pp. 22-53, at p. 38.

¹¹⁵ Sobre este particular, véase, en concreto, la contribución de KOLB, R., *Peremptory International Law – Jus Cogens. A General Inventory*, Oxford: Hart Publishing, 2015, pp. 9 y 11.

Miembros. En función de su derogabilidad o no, así como la disponibilidad que del mismo pueden hacer los Estados, finalmente, podemos determinar el carácter imperativo de esta disposición. Además de ser una norma convencional, sobre lo que no hay discusión, y una norma consuetudinaria confirmada por la práctica estatal y la *opinio iuris* acerca de su obligatoriedad, el artículo 103 es también una norma de Derecho imperativo porque no permite que los Estados en su conjunto dispongan de su contenido. Es decir, este artículo no deja margen de apreciación a la Comunidad internacional de Estados en su conjunto, por lo que estamos ante una norma aceptada y reconocida como inderogable. Con ello, lo que se pretende es amparar los intereses generales fundamentales compartidos por los Estados, como es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, lo que explica verdaderamente la posición jerárquica superior del artículo 103 respecto de otras normas de Derecho Internacional que no están dotadas de imperatividad¹¹⁶.

Desde el punto de vista doctrinal, en un sentido muy tajante se pronuncia CONFORTI, siendo el defensor más fiel de la tesis de que el artículo 103 de la Carta es una norma imperativa¹¹⁷. No obstante, el autor afirma que esta disposición no se refiere más que a la aplicación prioritaria de las obligaciones que los Miembros han contraído en virtud de la Carta, encontrando en el artículo 103 un mecanismo de Derecho imperativo¹¹⁸ — como lo hacía también KOLB —¹¹⁹, de forma contraria a los que podrían atribuir un efecto de nulidad a la norma que entre en conflicto con el artículo 103. De este modo, CONFORTI distingue, principalmente, entre dos tipos de normas de *ius cogens*. En primer lugar, un *ius cogens especial*, característico de la Convención de Viena, para el que se prevé la sanción de la nulidad absoluta; y, en segundo lugar, un *ius cogens general*, que está desprovisto de estos efectos¹²⁰.

¹¹⁶ En general, véase BERNHARDT, R., "Article 103", en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, op. cit., pp. 1292-1302, at pp. 1294 y ss.

¹¹⁷ Sobre esta posición del autor pueden consultarse: CONFORTI, B., "Consistency Among Treaty Obligations", en CANNIZZARO, E., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, op. cit., p. 189; *Ibid.*, *Diritto internazionale*, 4ª ed., Naples: Scientifica, 1992, pp. 181 y ss.; *Ibid.*, "Cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, Vol. 212, 1988, pp. 9-210, at pp. 129 y ss.

¹¹⁸ CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, op. cit., p. 182.

¹¹⁹ KOLB, R., "L'article 103 de la Charte des Nations Unies", op. cit., pp. 86 y ss.

¹²⁰ Se trata, en efecto, de la sanción que prevé el Art. 53 de la Convención. A este respecto, véanse: GÓMEZ ROBLEDO, A., "Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions", *Recueil des Cours*, Vol. 172, 1981, pp. 9-218, at pp. 134 y ss.; ROZAKIS, C., *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, op. cit., pp. 95 y ss.

No obstante, cabe destacar que la Convención de Viena contiene en su artículo 3 una norma que delimita claramente su alcance y ámbito de aplicación material, reservando la aplicación del Derecho Internacional general a los demás acuerdos internacionales no comprendidos por aquélla. Por tanto, en las palabras de KOLB, “[l]a différence entre le *jus cogens* de la CVDT et celui de l’article 103 repose sur le fait que l’effet de nullité de la norme contraire prévaut dans le cadre de la CVDT mais pas nécessairement dans le cadre de l’article 103.¹²¹”

En definitiva, en lo que respecta a la interpretación que hay que atribuir al artículo 103 en relación con el *ius cogens*, siguiendo al autor, podemos concluir que esta norma “protège contre la dérogation les normes matérielles de la Charte; il leur assure la primauté sur tout accord dérogatoire. **Cette technique relève du droit impératif.**¹²²” En virtud de todo ello, podemos considerar la Carta como un tratado único por su supremacía “constitucional”¹²³, de tal manera que, al menos algunas de sus disposiciones, sí son normas de contenido imperativo, superiores jerárquicamente a cualquier otra norma internacional que no tenga el carácter de *ius cogens*.

Finalmente, cabe destacar que el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas encuentra un reconocimiento expreso en el texto de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969 para subrayar su carácter predominante en el conjunto de las obligaciones convencionales asumidas por un Estado Miembro.

La mención especial al artículo 103 de la Carta en el texto de la Convención de Viena se produce en una única disposición de ésta; la relativa a la aplicación de los tratados sucesivos concernientes a la misma materia. En el párrafo primero

¹²¹ KOLB, R., *op. cit.*, p. 87.

¹²² *Ibid.* Énfasis añadido.

¹²³ La aceptación de la Carta como la “Constitución” de la Comunidad internacional de Estados es una posición defendida por BERNHARDT, quien dice que el Art. 103 es una disposición esencial para considerarla en este sentido. Vid. BERNHARDT, R., “Article 103”, en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, *op. cit.*, p. 1302. Para un estudio en detalle sobre el “carácter constitucional” de la Carta de las Naciones Unidas, véase SUY, E., “The Constitutional Character of Constituent Treaties of International Organizations and the Hierarchy of Norms”, en BEYERLIN, U., BOTHE, M., HOFMANN, R. y PETERSMANN, E.-U. (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin: Springer, 1995, pp. 267-277. En el mismo sentido, véase LÓPEZ MARTÍN, A.G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, *op. cit.*, p. 122. En contra de esta posición, ROUSSEAU, Ch., *Principes généraux de droit international public*, Paris: Pedone, 1944, p. 784.

del artículo 30 se establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán con arreglo a las normas de la propia Convención. Se trata, pues, de una reserva formal a favor de la disciplina que regula esta última. Aunque, esta referencia no nos aporta una perspectiva clara sobre el por qué se incluyó la mención al artículo 103 en el precepto anterior. Por tanto, una vez más, nos parece conveniente acudir a los *travaux préparatoires* sobre el proyecto de artículos que fue provisionalmente aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 1964, con el propósito de esclarecer cualquier duda a este respecto.

Con la referencia al artículo 103 de la Carta, la Comisión quiso destacar la “importancia en el derecho internacional moderno de la Carta de las Naciones Unidas”, y decidió que pudo hacerlo reconociendo la primacía del artículo 103 “respecto de todas las obligaciones convencionales de los Estados Miembros.¹²⁴” De ahí que, el párrafo primero del artículo 30 no busca otra cosa que evidenciar que las normas que regulan la prioridad en la aplicación de los tratados sucesivos “para regular las obligaciones de las partes [...] *están sujetas* al Artículo 103 de la Carta.¹²⁵”

En síntesis, la Comisión dice que las normas enunciadas en el artículo 30 se formularon para decidir la prioridad en la aplicación de tratados que contienen disposiciones incompatibles entre sí, lo que parece ser también la finalidad última del artículo 103 de la Carta, cuyo carácter jerárquico superior queda notoriamente reafirmado por la Comisión.

2.3. El ámbito de aplicación material del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas

¹²⁴ UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.I, p. 235.

¹²⁵ *Ibid.* Énfasis añadido.

2.3.1. *Las obligaciones contraídas en virtud de la Carta y las demás obligaciones 'convencionales' de Derecho Internacional: relaciones y supuestos de conflictividad*

Al hilo de la explicación anterior, debemos señalar que el artículo 103 no se refiere al conflicto entre tratados internacionales y sus disposiciones, sino a la colisión de dos o más “obligaciones” contrarias, opuestas e incluso incompatibles entre sí, que tengan necesariamente una dualidad de fuentes normativas. Ello es así porque debe tratarse de obligaciones contraídas por los Estados Miembros de la Organización; por un lado, en virtud de la Carta y, por otro lado, en virtud de cualquier otro tratado internacional¹²⁶.

Antes de entrar en el análisis de las situaciones conflictivas encuadrables en el artículo 103, resulta necesario mencionar aquí la diferencia conceptual entre *normas* y *obligaciones*, ya que el precepto se refiere únicamente a las obligaciones contraídas en virtud de la Carta para con otras obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro instrumento internacional. Es decir, el artículo 103 en sí mismo es una norma jurídica, pero su contenido se refiere a las ‘obligaciones’ y no a los tratados internacionales mediante los que se positivizan dichas obligaciones. Por lo tanto, el conflicto normativo que se plantea no es entre tratados, entre la Carta y cualquier otro convenio, sino entre las obligaciones que nacen directamente de dichos tratados.

A ese respecto, tomando en consideración uno de los conflictos citados por antonomasia a la hora de estudiar la eficacia jurídica del artículo 103 de la Carta, en el asunto sobre las cuestiones relacionadas con la interpretación y la aplicación del *Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil* de 23 de septiembre de 1971, conocido como *Convenio de Montreal*¹²⁷, planteadas a resultas del incidente aéreo ocurrido en la localidad de Lockerbie, Escocia, el 21

¹²⁶ La Carta utiliza la expresión «convenio internacional».

¹²⁷ *Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil*, de 23 de septiembre de 1971 [ICAO, Doc. No. 8966]. El Convenio entró en vigor el 26 de enero de 1973 y actualmente tiene 188 Estados Partes. Este Convenio prohíbe y sanciona los comportamientos que puedan poner en peligro la seguridad de la aviación civil.

de diciembre de 1988; se había determinado por la Corte Internacional de Justicia que los Miembros de las Naciones Unidas, en este caso la Jamahiriya Árabe Libia, están obligados a dar prioridad a las obligaciones contraídas en virtud de la Carta — incluso cuando las mismas se hayan impuesto por medio de una resolución del Consejo de Seguridad actuando en el marco del Capítulo VII — frente a cualquier otra obligación internacional¹²⁸.

En el asunto en cuestión, se trataba de un conflicto entre la obligación que la Resolución 748 (1992), de 31 de marzo, adoptada en el ámbito del Capítulo VII de la Carta¹²⁹, imponía a Libia, en el sentido de entregar a los dos sospechosos de haber ordenado y participado en los actos terroristas que derribaron el vuelo 103 de la compañía aérea estadounidense “Pan Am” a los Estados Unidos de América o al Reino Unido. En este sentido, la CIJ establecía sobre la aplicación del artículo 103 de la Carta lo que sigue:

«Whereas both Libya and the United States, as Members of the United Nations, are obliged to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with Article 25 of the Charter; whereas the Court, which is at the stage of proceedings on provisional measures, considers that *prima facie* this obligation extends to the decision contained in resolution 748 (1992); and whereas, in accordance with Article 103 of the Charter, the obligations of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement, including the Montreal Convention¹³⁰».

Ahora bien, una vez hecha la aclaración anterior, tenemos que admitir que las obligaciones contraídas en virtud de la Carta pueden adoptar diversas formas en función del órgano que las adopta, lo que condicionaría también su naturaleza jurídica, su fuerza vinculante, o la falta de ésta. El artículo 103 será aplicable tanto cuando la obligación nace directamente de una norma de la Carta, como también de una resolución adoptada por alguno de sus órganos, y fundamentalmente por

¹²⁸ ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America) Provisional Measures*, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, p. 114, para. 42; igualmente, ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. the United Kingdom)*, *Provisional Measures*, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, p. 3, paras. 39 y 40.

¹²⁹ CSNU, Resolución 748 (1992), de 31 de marzo de 1992, UN Doc. S/RES/748 (1992), para. 1.

¹³⁰ ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America) Provisional Measures*, *op. cit.*, para. 42.

el Consejo de Seguridad actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta. Así, en la primera circunstancia hablaríamos de una obligación de Derecho originario o primario, mientras que en la segunda se trataría de una obligación estrictamente de Derecho derivado o secundario. A partir de esta clasificación, cabe referirnos a tres tipos de decisiones que pueden entrar en el supuesto del artículo 103 como *obligaciones contraída en virtud de la Carta*.

- 1) En primer lugar, las decisiones de obligado cumplimiento adoptadas por órganos concretos de las Naciones Unidas, como sucede con el Consejo de Seguridad cuando actúa como garante supremo del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en virtud del Capítulo VII de la Carta. En palabras de la profesora LÓPEZ MARTÍN, se trata de *decisiones obligatorias externamente*¹³¹. Las obligaciones que nacen de este tipo de decisiones son las primeras que entran en el ámbito de aplicación material del artículo 103, ya que todas ellas son de obligado cumplimiento para los Miembros de las Naciones Unidas según lo estipulado por el artículo 25. De ahí que, una obligación de este tipo puede entrar, previsiblemente, en conflicto con aquellas otras obligaciones a las que se refiere el mencionado artículo 103.
- 2) En segundo lugar, siguiendo la terminología anterior, podemos referirnos a las *decisiones obligatorias internamente* con una proyección externa, esto es, que despliegan efectos *ad extra*. Se trata, por ejemplo, de las decisiones de la Asamblea General en cuestiones como la admisión de nuevos Miembros a las Naciones Unidas, la suspensión de los derechos y privilegios de los Miembros, la expulsión de Miembros, y también las cuestiones relativas al funcionamiento del régimen de administración fiduciaria y las cuestiones presupuestarias¹³².

¹³¹ LÓPEZ MARTÍN, A.G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, op. cit., p. 124.

¹³² No hay que olvidar que la «Asamblea General podrá considerar los principios generales de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, incluso los principios que rigen el desarme y la regulación de los armamentos, y podrá también hacer recomendaciones respecto de tales principios a los Miembros o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquéllos», como estipula el Art. 11.1 de la Carta. Además, en este sentido se ha pronunciado también la CIJ en el asunto ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Reports 1971, p. 16, pp. 16-50; o, también, ICJ, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, ICJ Reports 1962, p. 151, pp. 151-163.

- 3) Finalmente, nos encontramos con aquellas decisiones obligatorias *ad intra*, porque emanan del organigrama de las Naciones Unidas, pero que no son, *prima facie*, vinculantes externamente. Ello no es más que una consecuencia del principio de relatividad, ya que, en principio, las decisiones adoptadas en el seno de una Organización internacional no son vinculantes nada más que para sus miembros. No obstante, puede haber situaciones donde una recomendación de la Asamblea General, jurídicamente no vinculante para los Miembros, puede ser aceptada como tal por los Estados, porque tenga incluso una naturaleza codificadora del Derecho Internacional¹³³. Por lo tanto, estamos ante un tipo de normatividad derivada de las funciones de la propia Organización, y que puede llegar a producir efectos *ad extra* si la materia que regula supone una externalización de sus competencias, sin perjuicio de su denominación (decisión, recomendación, resolución, etc.). Ahora bien, sin menospreciar su importancia, estas decisiones no entran en el ámbito de aplicación del artículo 103, dado que en un sentido técnico-jurídico no se trata de “obligaciones” contraídas en virtud de la Carta.

A continuación, procedemos con los distintos supuestos de conflictividad, dependiendo de si la relación de conflicto se produce entre Estados Miembros de la Organización entre sí, entre estos últimos y un Estado tercero, e incluso entre Estados que nos son Miembros de las Naciones Unidas.

¹³³ Estas recomendaciones de la Asamblea General pueden llegar a tener efectos obligatorios para los Miembros de las Naciones Unidas, es decir, ser jurídicamente vinculantes, si las mismas tratan de ofrecer, por ejemplo, una interpretación normativa del Derecho Internacional consuetudinario. Este es exactamente el caso de la importantísima Resolución 2625 (XXV), de la Asamblea General, [Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, sobre la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, UN Doc. A/RES/2625(XXV)] que, aun siendo un documento que ha sido aprobado en el ámbito del órgano deliberativo, en la actualidad nadie duda de sus efectos vinculantes al desarrollar los principios estructurales del Derecho Internacional. Otro supuesto que comparte las mismas características es la resolución mediante la que se adopta la Declaración Universal de los Derechos Humanos [Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, sobre la *Carta Internacional de los Derechos del Hombre*, UN Doc. A/RES/217(III)], siendo ésta un documento declarativo que recoge en treinta artículos los derechos humanos considerados básicos para el ser humano. Pues, se trata de una resolución que por su naturaleza jurídica no es obligatoria para los Estados, aunque la Comunidad internacional la ha aceptado y le ha otorgado efectos vinculantes. Además de los casos anteriores, pueden ser los propios Estados los que estén interesados, en unas determinadas circunstancias, en reconocer efectos jurídicos vinculantes a una concreta resolución por considerarla fundamental para la consecución de los objetivos marcados por la Organización.

a) Relaciones de conflicto entre Estados Miembros

Se trata del escenario típico que subyace de la redacción del artículo 103 y que entra en el ámbito de aplicación de la cláusula de primacía contenida en este precepto. Ahora bien, ¿a qué obligaciones se refiere exactamente? Como hemos podido comprobar de la lectura del artículo 103, éste se refiere estrictamente a las *obligaciones contraídas en virtud de la Carta*, aunque resulta lógico pensar que esta fórmula abarca todas las obligaciones de naturaleza jurídica que proceden directa e inmediatamente de la Carta. Es decir, incluidas las obligaciones que se pueden sustanciar por medio de una resolución de obligado cumplimiento adoptada por alguno de los órganos de las Naciones Unidas, fundamentalmente por el Consejo de Seguridad. En contra, cuando este órgano político, o cualquier otro órgano de las Naciones Unidas, adopta una resolución jurídicamente no vinculante, como puede ser una recomendación, entonces el artículo 103 no sería de aplicación¹³⁴.

No obstante, siguiendo el tenor del artículo no encontramos una referencia expresa acerca de que una decisión adoptada en el marco del Capítulo VII, como bien podría ser una decisión de remisión a la Fiscalía de la Corte *ex* artículo 13 b) del Estatuto, prevalecerá sobre cualquier otra disposición convencional contraria. Es aquí donde despliega todos sus efectos el artículo 25 de la Carta. La obligación para todo Estado Miembro de “aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta¹³⁵” es, en efecto, una obligación contraída “en virtud de la presente Carta¹³⁶”, dentro del significado semántico del referido artículo 103¹³⁷. Por tanto, las medidas coercitivas que se adoptan con arreglo a los artículos 40, 41 y 42 de la Carta son una fuente de obligaciones para los Miembros,

¹³⁴ COMBACAU, J., *Le pouvoir de sanction de l'ONU: étude théorique de la coercition non militaire*, Paris: Pedone, 1974, p. 284.

¹³⁵ Según reza el texto del Art. 25 de la Carta.

¹³⁶ Así lo establece el Art. 103 de la Carta: «En caso de conflicto *entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta* y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.» Énfasis añadido.

¹³⁷ STAHN, C., “The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, 2003, pp. 85-104, at p. 99.

prevaleciendo en virtud del artículo 103 frente a cualquier otro compromiso de índole internacional asumido por aquellos¹³⁸.

De ahí que, los Miembros de las Naciones Unidas están requeridos por el artículo 103 a dar cumplimiento efectivo y prioritario a todas las obligaciones que puedan originarse en virtud de una decisión adoptada en el marco del Capítulo VII, y ello con carácter preferente frente a cualquier otro compromiso que tengan en el ámbito internacional¹³⁹. Es más, esta misma conceptualización sobre el valor jurídico de sus resoluciones había sido adoptada por el Consejo de Seguridad en su Resolución 670 (1990), de 25 de septiembre, relativa a la situación entre el Irak y Kuwait, en la que el órgano hace recordar, *expressis verbis*, “las disposiciones del Artículo 103 de la Carta¹⁴⁰”. En el párrafo tercero de la parte dispositiva de la Resolución, el Consejo ordena con arreglo al Capítulo VII de la Carta lo que sigue:

«Decide que ningún Estado, existan o no derechos u obligaciones conferidos o impuestos por acuerdos internacionales, contratos, licencias o permisos concertados o concedidos antes de la fecha de la presente resolución, permitirá a ninguna aeronave despegar de su territorio si la aeronave hubiera de llevar cualquier tipo de cargamento al Iraq o Kuwait o procedente de esos países, excepto si se tratara de alimentos, en circunstancias humanitarias...¹⁴¹».

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Penal Internacional, en el momento de referirse a la obligación de cooperación del Sudán, siendo Estado no Parte en el Estatuto de Roma, basándose en la eficacia intrínseca de la propia Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo, del Consejo de Seguridad¹⁴², afirmando lo siguiente:

«That duty, to cooperate fully, means that Sudan is, by the terms of that resolution, to cooperate with the ICC in accordance with Article 86 of the Rome Statute. That decision is binding on Sudan under Article 25 of the UN Charter. And, to the extent that there are conflicting obligations under any other international agreements to

¹³⁸ BERNHARDT, R., “Article 103”, en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, *op. cit.*, p. 1295.

¹³⁹ BERNHARDT, R., “Article 103”, en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 1122-1123, p. 1120, para. 10.

¹⁴⁰ CSNU, Resolución 670 (1990), de 25 de septiembre de 1990, UN Doc. S/RES/670 (1990). Véase el preámbulo de la Resolución y, en especial, el párrafo tercero.

¹⁴¹ UN Doc. S/RES/670 (1990), para. 3. Énfasis añadido.

¹⁴² UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 2.

which Sudan is a party or with a binding decision of the Council, Article 103 would resolve that in favour of primacy of the obligations under the UN Charter¹⁴³.»

Hasta el momento, hemos señalado que el Estado Miembro de que se trate está bajo la obligación de acatar una obligación que nace de un tratado concluido con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Carta, y cuyo contenido es manifiestamente disconforme con otra obligación que esta vez nace directamente de esta última. En esta situación, el conflicto se resolvería mediante la aplicación del artículo 103. No obstante, puede darse el caso de que la obligación en conflicto surgiera de un tratado concluido antes de la fecha de entrada en vigor de la Carta. En esta circunstancia se aplicaría el principio según el cual la ley posterior deroga la ley anterior, expresado en la máxima latina *lex posterior derogat legi priori*¹⁴⁴. En consecuencia, de conformidad con la regla general subsidiaria del párrafo tercero del artículo 30 de la Convención de Viena se aplicaría la obligación posterior ante la anterior, porque es la que respeta completamente la estructura del artículo 103 de la Carta y deja intacta la obligación a la que aludimos en primera instancia¹⁴⁵. El tratado anterior sobre la misma materia se puede aplicar de forma parcial o en su integridad, siempre que dicha aplicación no atente contra el objeto y el fin del tratado posterior, siendo en este caso la Carta.

A modo de conclusión, en el caso de relaciones conflictivas entre Estados Miembros originadas a partir de la aplicación de la Carta y del Estatuto de Roma, el Estado Parte dejará de observar la supuesta obligación conflictiva que nace del Estatuto para dar cumplimiento a la obligación que nace de la decisión adoptada por el Consejo de Seguridad. Se produce una situación de desplazamiento de la norma que debe aplicarse en un primer momento, dando así efecto a la obligación que nace en virtud de la Carta, precisamente por la operatividad de la cláusula

¹⁴³ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, “Supplementary African Union Submission in the “Hashemite Kingdom of Jordan’s Appeal Against the ‘Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender [of] Omar Al-Bashir” with Annex 1, Annex 2, Annex 3, Annex 4 and Annex 5”, 28 September 2018, ICC-02/05-01/09 OA2, para. 20.

¹⁴⁴ Según el párrafo tercero del Art. 30 de la Convención: «Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.»

¹⁴⁵ Esta norma es la expresión del principio según el cual “la ley posterior deroga la ley anterior”.

de primacía que consagra el artículo 103. Ahora bien, si en la decisión de remisión de una situación se establece la obligación de cooperar plenamente con la Corte, y el Estado Miembro de que se trate es un Estado tercero respecto del Estatuto de Roma, en dicha situación prima la obligación anterior frente a cualquier otra que pueda haber asumido ese Estado, aun cuando se trate de un tercero en el sentido del artículo 34 de la Convención de Viena respecto de la Corte.

b) Relaciones de conflicto entre un Estado Miembro y otro tercero

La situación conflictiva que plantea el artículo 103 se refiere, en principio, a los Miembros de las Naciones Unidas, hasta el punto de que el precepto guarda silencio para el caso de que la obligación incompatible con la Carta se dé respecto de un Estado tercero a la Organización. Aquí estamos ante la siguiente pregunta: ¿se aplicaría el artículo 103 y, por tanto, la Carta a los Estados no Miembros de la Organización? Pues, en tal situación, se trataría de reconocer a la misma posibles efectos extraterritoriales. Precisamente, en este punto debemos traer a colación el principio que ya estudiamos con anterioridad. Se trata del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* consagrado en el artículo 34 de la Convención. En principio, la Carta de las Naciones Unidas no crea ni derechos, ni obligaciones para aquellos Estados considerados terceros, sin su consentimiento. Por tanto, sin perjuicio del artículo 2.6 de la Carta¹⁴⁶, en su referencia a la necesidad de mantener la paz y la seguridad internacionales, los Estados no Miembros no están obligados por las disposiciones de la Carta ni tampoco por las decisiones que lleguen a adoptar los órganos de la Organización, incluidas, claro está, las resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad¹⁴⁷.

Los problemas anteriores no se reproducen en el caso de que la obligación que emana de la Carta se hubiere consolidado como una norma consuetudinaria

¹⁴⁶ El Art. 2.6 de la Carta establece: «La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.» Énfasis añadido.

¹⁴⁷ BERNHARDT, R., "Article 103", en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, op. cit., p. 1298.

de Derecho Internacional, y le sea oponible al Estado no Miembro por esta vía¹⁴⁸. Lo mismo cabe decir en el supuesto de que la relación conflictiva se plantease con respecto a una norma de la Carta que tenga la consideración de *ius cogens*, porque es aceptada y reconocida como tal por la Comunidad internacional de Estados en su conjunto. Por ejemplo, la obligación de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas, es una obligación que nace directamente de la Carta; por tanto, una obligación de origen convencional. No obstante, se trata de una norma imperativa o perentoria consagrada en el artículo 2.4 de la Carta, obligando, en consecuencia, a todos los Estados, independientemente de su condición de Miembros en la Organización.

En definitiva, las obligaciones fundadas en normas de *ius cogens* que nacen directamente de la Carta son oponibles a los terceros. Esta conclusión se refuerza con la lectura de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena, sobre el carácter imperativo de determinadas normas, con el objeto de invalidar la norma que esté en oposición con esa norma imperativa de Derecho Internacional general¹⁴⁹.

De ahí que, aun cuando nos referimos a tratados entre Estados Miembros de las Naciones Unidas *vis-à-vis* los terceros Estados, la operatividad del artículo 103 y la aplicabilidad de la Carta parecen ser la regla general, fundamentalmente por la *superioridad jerárquica* de esta última y por su consideración de “*constitution internationale*” para la Comunidad internacional de Estados en su conjunto¹⁵⁰. El “dilema constitucional”, como podríamos denominarlo, es un asunto complejo y

¹⁴⁸ Véase lo establecido sobre el Art. 38 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969 en el epígrafe 1.2.2, sobre la aplicabilidad del Estatuto de Roma hacia los Estados no Partes.

¹⁴⁹ Sobre los efectos jurídicos que produce la norma de *ius cogens* con respecto a la norma contraria volveremos más adelante, concretamente, en el epígrafe 2.5, *infra*.

¹⁵⁰ Según las palabras de ROBERT KOLB resulta que: «L'idée selon laquelle la Charte des Nations Unies forme une constitution de la communauté internationale n'est pas neuve. [...] Le sens qu'avait la qualification de constitution relevait plus du symbolique: on soulignait ainsi l'insigne importance de la Charte et son impact essentiel sur le droit international moderne. [...] L'article 103 est lui-même perçu dans cette perspective comme une disposition témoignant du caractère constitutionnel de la Charte.» Véase KOLB, R., “L'article 103 de la Charte des Nations Unies”, *op. cit.*, pp. 235 y ss. La aceptación de la Carta como la “Constitución” de la Comunidad internacional de Estados es una posición defendida también por BERNHARDT, R., “Article 103”, *op. cit.*, pp. 1122-1123. Sobre esta cuestión pueden consultarse, asimismo, las contribuciones de HERDEGEN, M.J., “The “Constitutionalization” of the UN Security System”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 27, No. 1, 1994, pp. 135-159; KAECKENBEECK, G., “La Charte de San-Francisco dans ses rapports avec le droit international”, *Recueil des Cours*, Vol. 70, 1947, p. 297.

discutible, aunque esta parece ser la opinión mayoritaria en la doctrina¹⁵¹ cuando traemos a colación la técnica de imperatividad del artículo 103 con respecto a los Estados que no forman parte integrante de las Naciones Unidas.

A modo de conclusión, al lado de los casos que tengan que ver con normas imperativas, el resto de relaciones jurídicas que involucran a un tercer Estado no parecen ser muy claras. En el caso de conflicto entre una obligación contraída por un Miembro en virtud de la Carta, frente a otra obligación contraída para con un tercer Estado, se plantea una relación de primacía y de cuál es la norma aplicable. Ante esta tesitura, el Estado Miembro deberá observar el mandado de la Carta y debe aplicar las obligaciones impuestas directamente por ella o por el Consejo de Seguridad, si es el caso, fundamentalmente por la existencia del artículo 103, por el que cualquier Miembro está obligado con carácter preferente. En tal situación, la operatividad de la obligación incompatible sigue intacta, plenamente válida y eficaz, y exigible al Estado Miembro de que se trate.

Ahora bien, teniendo en cuenta la operatividad y vigencia de la obligación incompatible, el tercero afectado por el incumplimiento podrá exigir al Miembro las responsabilidades que correspondan en Derecho Internacional por los daños y perjuicios ocasionados¹⁵². En este caso no podemos hablar del artículo 103 como una cláusula de justificación del incumplimiento de la obligación incompatible. Aunque, sigue siendo una cláusula de primacía para el Estado Miembro. Como muy correctamente sostiene la profesora LÓPEZ MARTÍN, la situación anterior no será apreciable en el caso de que la obligación nacida de la Carta sea además una obligación de Derecho Internacional consuetudinario, oponible al tercero por esta

¹⁵¹ Si decimos que se trata de la opinión mayoritaria, no afirmamos, sin embargo, que es la opinión unánime. La primacía de la Carta con respecto a los Estados no Miembros de las Naciones Unidas es una de las cuestiones más controvertidas y mantiene dividida la doctrina. Teniendo en cuenta esta realidad, nos remitimos para un estudio en detalle a MACDONALD, R.St.J., "Reflections on the Charter of the United Nations", en JEKEWITZ, J. et al. (eds.), *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung: Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989, pp. 29-45, at pp 39-41; MACDONALD, R., "The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 20, 1999, pp. 205-231; SLOAN, B., "The United Nations Charter as a Constitution", *Pace Yearbook of International Law*, Vol. 1, No. 1, 1989, pp. 61-126.

¹⁵² COMBACAU, J., *Le pouvoir de sanction de l'ONU: étude théorique de la coercition non militaire*, op. cit., pp. 286 y ss.; MACDONALD, R.St.J., "Fundamental Norms in Contemporary International Law", *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international*, Vol. 25, 1988, pp. 115-149, at pp. 120-126.

vía¹⁵³. Si la fuente obligacional es una norma consuetudinaria, entonces vincula a ambos y el tercero no estará legitimado para exigir la eventual responsabilidad. Ya hemos dicho que la misma situación se produciría si lo que está en juego sea una norma de *ius cogens*, o una norma que produce efectos *erga omnes*, oponibles igualmente a los no Miembros por su ámbito de aplicación universal y porque se entiende que todos los Estados comparten el mismo interés en proteger los bienes jurídicos tutelados por tales normas.

c) Relaciones de conflicto entre Estados terceros respecto de las Naciones Unidas

Finalmente, la situación conflictiva que puede producirse entre dos o más Estados no Miembros de las Naciones Unidas resulta ajena al funcionamiento de la Organización e irrelevante a los efectos del artículo 103 de la Carta. La noción de *Constitución internacional* de ésta no implica, sin embargo, que los terceros que permanecen al margen estén obligados por sus imperativos legales. En efecto, un tratado será válido, aun cuando tenga preceptos incompatibles con la Carta, salvo que incurra en alguna de las causas de nulidad de los artículos 46 y siguientes de la Convención de Viena. Con ello, no queremos decir que un tratado puede ir en contra de los llamados principios estructurales de Derecho Internacional, muchos de los cuales encuentran un reconcomiendo explícito en la Carta. La nulidad de dichos tratados es predecible por virtud de los artículos 53 y 64 de la Convención.

De ahí que, ningún Estado puede desarrollar plenamente su subjetividad, quedando al margen de esos principios fundamentales para el mantenimiento de un orden mundial estable entre los actores. Además, el carácter interdependiente de la Comunidad internacional hace que sea prácticamente improbable que una concreta actuación estatal no afecte a alguna de las disposiciones de la Carta. Una clara manifestación de ello es la referencia a los no Miembros en el artículo 2.6 de ésta. Para terminar, siguiendo a FASSBENDER, el carácter constitucional de la Carta

¹⁵³ LÓPEZ MARTÍN, A.G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, op. cit., p. 128.

implica que la misma se aplica *uti universi*; proyectando sus efectos también hacia los no Miembros, porque lo propio de una Constitución es imponerse a todos los miembros de la colectividad que forman parte del cuerpo social¹⁵⁴.

2.3.2. *Las obligaciones contraídas en virtud de la Carta frente a las obligaciones 'consuetudinarias' de Derecho Internacional*

Como acabamos de manifestar, en la medida en que el artículo 103 de la Carta se refiere solamente a las obligaciones incompatibles “contraídas en virtud de cualquier otro *convenio internacional*”¹⁵⁵, cabe entonces plantearnos el siguiente interrogante: ¿prevalecen las disposiciones de la Carta si la obligación conflictiva se origina a partir de una norma de Derecho Internacional consuetudinario? Esto es, prevalecerán las obligaciones originadas a partir de una resolución *ex* artículo 25 de la Carta, adoptada por el Consejo de Seguridad, frente a otra obligación de carácter consuetudinario, como es, por ejemplo, la inmunidad de jurisdicción en materia penal reconocida a los Jefes de Estado y Jefes de Gobierno de los Estados extranjeros.

Para empezar, cuando el artículo 103 se refiere a las obligaciones contrarias a aquellas otras que nacen directamente de la Carta no entra en especificaciones tales como si las primeras son obligaciones estrictamente convencionales o es que pueden ser ocasionalmente consuetudinarias. Sobre este particular no hay mayor discusión, aunque indudablemente se trata de una cuestión de una trascendencia fundamental; para garantizar la superioridad de las obligaciones originadas por una decisión del Consejo de Seguridad frente a las obligaciones consuetudinarias que pesan sobre los Miembros.

¹⁵⁴ Véase ALLOTT, Ph., “The International Community And Its Constitution”, en FASSBENDER, B. (ed.), *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2009, pp. 52-76; FASSBENDER, B., “The United Nations Charter As Constitution of The International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, No. 3, 1998, pp. 529-619; MACDONALD, R.St.J., “The UN Charter as a Constitution”, en FASSBENDER, B. (ed.), *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2009, pp. 77-115.

¹⁵⁵ Énfasis añadido.

Pues, teniendo en cuenta el carácter constitucional de la Carta en el ámbito de la Comunidad internacional de Estados y la naturaleza imperativa de algunas de sus disposiciones, además de la práctica de los órganos de la Organización y el actuar de los Estados Miembros, podemos establecer que las obligaciones de la Carta prevalecen, en el mismo sentido, respecto de las normas consuetudinarias o de Derecho Internacional general que sean incompatibles con aquellas¹⁵⁶.

De acuerdo con ÁLVAREZ, el artículo 103 de la Carta hace que las medidas establecidas por medio de una resolución del Consejo de Seguridad prevalezcan, siendo obligaciones contraídas en virtud del artículo 25 de la Carta, sobre el resto de obligaciones jurídicas, tanto convencionales como consuetudinarias¹⁵⁷. Ahora bien, en contra de esta posición se sitúa LÓPEZ-JACOISTE, afirmando la autora que: “according to the clear wording of Article 103 the Charter shall only prevail in the event of a conflict between an obligation of a Member State under the present Charter and its obligation under any international agreement, but not under general international law.”¹⁵⁸ Aunque, resulta prudente reconocer que la doctrina está dividida sobre la interpretación que hay que atribuir al artículo 103 en estos casos, teniendo en cuenta que estamos ante una cuestión controvertida, cuál es la extensión de la eficacia jurídica del artículo 103 de la Carta sobre las obligaciones de Derecho Internacional consuetudinario¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Véase, a este respecto, la posición oficial de la Comisión: CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006)*, sobre la “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/61/10), pp. 441-465, at p. 462, paras. 34-35.

¹⁵⁷ ÁLVAREZ, J.E., “The Security Council’s War on Terrorism: Problems and Policy Options”, en NOLLKAEMPER, A. y DE WET, E. (eds.), *Review of the Security Council by Members States*, Antwerp, Oxford, New York: Intersentia, 2003, pp. 119-146, at pp. 129, 133.

¹⁵⁸ Véase LÓPEZ-JACOISTE, E., “The UN Collective Security System and its Relationship with Economic Sanctions and Human Rights”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 14, 2010, pp. 273-335, at p. 290.

¹⁵⁹ En contra de la extensión de la eficacia jurídica del Art. 103 a la costumbre internacional, véase: KOLB, R., “L’article 103 de la Charte des Nations Unies”, *op. cit.*, pp. 213 y ss.; aunque, eso sí, con la siguiente precisión: «En somme, l’article 103 n’a pas besoin de s’étendre au droit coutumier parce que le même effet de primauté des obligations de la Charte est déjà obtenu par les règles applicables du droit international général, à savoir la *lex specialis*.» Véase también BERNHARDT, R., “Article 103”, en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A commentary, op. cit.*, p. 1298; THOUVENIN, J.M., “L’article 103”, en COT, J.-P., PELLET, A. y FORTEAU, M. (dirs.), *La Charte des Nations Unies: commentaire article par article*, Volume II, Paris: Économica, 3ª ed., 2005, pp. 2133-2147, at pp. 2140-2141; TOUBLANC, A., “L’article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies”, *Revue générale de droit international publique*, Vol. 108, No. 2, 2004, pp. 439-462,

Efectivamente, en este caso se trata de una relación de conflicto que se da entre una resolución del Consejo de Seguridad y una obligación contenida en una norma de Derecho Internacional consuetudinario. Una norma que, por la falta de jerarquía normativa entre las normas convencionales y consuetudinarias, tiene el mismo rango jerárquico en la estructura piramidal normativa, con lo cual se trata de una relación de especialidad —o competencial entre los diversos órganos de producción normativa— y no de jerarquía¹⁶⁰. De ahí que, en virtud del *principio de armonización*, cuando varias normas tratan una misma cuestión, dichas normas deben interpretarse, siempre que fuere posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles entre sí¹⁶¹. Igualmente, desde un punto de vista estrictamente formal, tampoco podemos decir que en las actuaciones del Consejo de Seguridad habría una diferencia sustancial en función de si tratara de normas de naturaleza convencional o consuetudinaria. Pues, frecuentemente estas reglas se superponen, como ocurre con los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

KOLB argumenta que no sería de utilidad invocar el carácter constitucional de la Carta para llegar a la conclusión de que las obligaciones contraídas en virtud de ésta prevalecen también respecto de las obligaciones originadas en una norma consuetudinaria. En cambio, el autor sugiere que la Carta y sus normas derivadas son, en relación con la costumbre, normas especiales, particulares¹⁶². Por lo tanto, en este caso la situación de conflicto se resolvería aplicando el principio de la ley especial sobre la general (*lex specialis derogat legi generali*), esto es, dando prioridad

at p. 446; KOPELMANAS, L., *L'Organisation des Nations Unies*, Paris: Sirey, 1947, pp. 165-203, at pp. 191-192. En favor de una interpretación extensiva del Art. 103 de la Carta, abarcando también la costumbre: SCHWEIGMAN, D., *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter. Legal limits and the role of the International Court of Justice*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2001, pp. 195-196.

¹⁶⁰ Lo cierto es que, entre las distintas fuentes del Derecho Internacional, como son los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, no existe una relación jerárquica, como sí se puede apreciar en los regímenes jurídicos internos de los Estados, dada la falta de una jerarquía de valores. Sin embargo, también es verdad que algunas normas son más importantes que otras, como es el caso del *ius cogens* internacional. Esta circunstancia puede expresarse a veces mediante la calificación de algunas normas como 'fundamentales' y de algunas violaciones como 'graves'.

¹⁶¹ CDI, "Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", *op. cit.*, p. 449, para. 4.

¹⁶² KOLB, R., "L'article 103 de la Charte des Nations Unies", *op. cit.*, pp. 215-216.

a la aplicación de la Carta de las Naciones Unidas sobre la costumbre, que según el autor es constitutiva de *ius dispositivum*¹⁶³.

En definitiva, según lo que hemos expuesto en las líneas precedentes, entre las dos posiciones doctrinales que existen al respecto, abogamos por la aplicación del artículo 103 de la Carta a las situaciones de conflicto en las que la fuente de la obligación opuesta se situó en una norma consuetudinaria, como es la inmunidad de jurisdicción *ratione personae*. Para ello, nos centramos tanto en la aplicación del principio de especialidad de la Carta sobre la costumbre, como, sobre todo, en el carácter constitucional de la misma, considerada por muchos como la *Grundnorm* de la Comunidad internacional, entre los que nos incluimos.

2.4. Efectos jurídicos y funcionamiento del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas: consecuencias jurídicas de su superioridad jerárquica sobre el resto del ordenamiento jurídico internacional

Por lo que concierne a los efectos jurídicos que produce la aplicación del artículo 103 como cláusula de conflicto al apreciarse una disconformidad objetiva entre una obligación contraída por un Estado Miembro en virtud de un convenio internacional con otra obligación nacida directamente de la Carta, cabe decir que, aunque se trate de una técnica jurídica de imperatividad, la consecuencia para la obligación incompatible no va a ser su nulidad. Ello es así porque el artículo 103 debe entenderse en términos de aplicación prioritaria y no en términos de validez de la norma contraria, en el sentido de que la obligación opuesta será *desplazada*, con el fin de aplicar con carácter preferente la obligación que emana de la Carta. En este iter procedimental, la Carta no declara la nulidad de pleno derecho de la obligación opuesta, como, en cambio, lo haría el artículo 53 de la Convención de Viena cuando un tratado se opone a una norma de *ius cogens*. Pues, ésta es la gran diferencia en el funcionamiento del artículo 103 de la Carta como técnica respecto de las normas imperativas de Derecho Internacional.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 214.

Se trata de una imperatividad distinta, puesto que los efectos jurídicos en uno y otro caso son diametralmente opuestos. Según la opinión de KOLB sobre la interpretación del artículo 103 en relación con el *ius cogens*, entendemos que: “[l]a différence entre le *jus cogens* de la CVDT et celui de l’article 103 repose sur le fait que l’effet de nullité de la norme contraire *prévaut* dans le cadre de la CVDT *mais pas nécessairement* dans le cadre de l’article 103.”¹⁶⁴ Como hemos afirmado antes, la Convención de Viena, en sus artículos 53 y 64, sanciona con la nulidad absoluta la contrariedad de un tratado, en el momento de su celebración, con una norma de *ius cogens*. De ahí, cuando hablamos de los efectos que derivan de la aplicación del artículo 103 de la Carta nos referimos a un efecto de primacía o de prevalencia entre obligaciones internacionales y no de un efecto derogatorio de estas últimas.

Ello nos lleva a establecer que los efectos de la aplicación del artículo 103 suponen la *aplicación prevalente* de las obligaciones derivadas directamente de la Carta y la *suspensión temporal* de las obligaciones contradictorias, mientras duren las acciones del Consejo de Seguridad —o, en su caso, de forma indefinida o *sine die* cuando trata de una contrariedad intrínseca con la Carta—. En consecuencia, la norma contraria permanece en vigor, aunque sus disposiciones incompatibles no se aplicarán de forma transitoria. Sin embargo, por respeto a la autonomía de la voluntad de las partes en el tratado y también en términos de efectividad, las disposiciones que sí son conformes con la Carta seguirán aplicándose, por lo que la inaplicabilidad recaerá únicamente sobre la norma manifiestamente opuesta a la Carta. Llegamos a esta conclusión por respeto al principio anterior y también porque se trata de una medida proporcional al propósito que persigue el artículo 103.

Si bien esta disposición normativa no invalida la obligación conflictiva con las disposiciones de la Carta, sin entrar en el debate técnico-jurídico respecto de la nulidad —aunque, defendida por una parte minoritaria de la doctrina¹⁶⁵—, sí

¹⁶⁴ KOLB, R., “L’article 103 de la Charte des Nations Unies”, *op. cit.*, p. 87. La cursiva es nuestra.

¹⁶⁵ La nulidad de la obligación contraria a la Carta ha sido sostenida por una parte minoritaria de la doctrina. En este sentido, véanse: DUPUY, P.-M., “Ultimes remarques sur la «constitutionalité» de la Charte des Nations Unies”, en CHEMAIN, R. y PELLET, A. (dirs.), *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale?*, Paris: Pedone, 2006, pp. 219-232, at pp. 229-230 [«la nullité serait l’effet le plus logique»]; DUPUY, P.-M., “L’unité de l’ordre juridique international. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours*, Vol. 297, 2000, at p. 243; FASSBENDER, B., “The

conviene señalar algunas ideas importantes. Tenemos que admitir que la cláusula de primacía del artículo 103 sí puede operar como una *cláusula derogatoria* de la obligación incompatible cuando ésta contravenga normas con rango de *ius cogens* dentro de la Carta. Este puede ser el supuesto, por ejemplo, con la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, que consagra el artículo 2.4 de la Carta y que ha sido aceptada y reconocida por los Estados como una norma perentoria en el ámbito del Derecho Internacional. La consecuencia de su superioridad jerárquica es que ningún tratado puede estipular lo contrario a lo prescrito en dicha norma y si así lo hace parece admisible la tesis de su nulidad. En este caso, se aplicaría el artículo 53 de la Convención de Viena, al que nos hemos referido anteriormente. Además, esta tesis es representativa de la llamada *teoría mixta* en la doctrina, según la cual la suspensión se aplicaría en todos los casos en los que la contrariedad es *temporal o transitoria*; mientras que la nulidad se impondría en todos aquellos casos en los que la contrariedad es *permanente*¹⁶⁶.

III. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 103 DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS EN LOS SUPUESTOS DE REMISIÓN POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

3.1. La relación de conflicto generada a causa de una remisión por el Consejo de Seguridad a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional

Para empezar, ¿cuál es el supuesto de hecho que planteamos aquí? En este epígrafe, acercamos la eficacia del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas a un supuesto de hecho muy concreto, cuál es la remisión de una situación por el

United Nations Charter As Constitution of The International Community", *op. cit.*, p. 590; GUGGENHEIM, P., *Traité de droit international public*, Tome I, Genève: Librairie de l'Université, Georg & Cie., 1967, p. 273.

¹⁶⁶ BERNHARDT, R., "Article 103", en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, *op. cit.*, pp. 1297-1298. Igualmente, KOLB, R., *Introduction au droit des Nations Unies*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2008, p. 180.

Consejo de Seguridad a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en el marco de una resolución adoptada *ex* Capítulo VII de la Carta. En efecto, una situación de conflicto, en el sentido descrito anteriormente, puede sustanciarse a partir de una obligación impuesta a un Estado Miembro de la Organización, siendo uno tercero respecto del Estatuto de Roma, creada en virtud de una resolución jurídicamente obligatoria.

En las líneas anteriores de este capítulo, destacamos que el efecto relativo de los tratados es la regla general en la esfera del Derecho Internacional, según la cual el Estatuto de Roma no creará obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento¹⁶⁷. Afirmar lo anterior es lo mismo que decir que el Estatuto no puede desplegar su eficacia jurídica *vis-à-vis* los demás Estados que tengan la condición de terceros, salvo que se trate de una activación de la competencia de la Corte por la vía del mecanismo establecido en el artículo 13 b) del instrumento, en cuyo caso las circunstancias cambian radicalmente por tratarse de situaciones que amenazan la paz y la seguridad internacionales.

Efectivamente, por lo que se refiere a las resoluciones que el órgano puede adoptar en el marco del Capítulo VII como una respuesta a una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, cabe indicar que en tales supuestos la máxima *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* no impide al Consejo de Seguridad imponer sus decisiones de obligado cumplimiento a los Miembros; pero también a los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas y demás sujetos de Derecho Internacional, según lo prescrito por el artículo 2.6 de la Carta¹⁶⁸. En este marco jurídico, podemos admitir la probabilidad de que el Consejo de Seguridad puede, si fuere necesario, obligar a un Estado tercero a observar las disposiciones de un tratado que éste nunca ha consentido; a saber, Sudán respecto del Estatuto de Roma¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Véase, *supra*, el Art. 34 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969.

¹⁶⁸ SALERNO, F., "Treaties Establishing Objective Regimes", *op. cit.*, p. 232. Asimismo, CHINKIN, C., *Third Parties in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 108; KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, London: Stevens & Sons Ltd., 1951, pp. 85-86, 108.

¹⁶⁹ El rol del Consejo de Seguridad respecto del cumplimiento y la observancia de determinados tratados internacionales, que inciden sobre su órbita de competencias, ha quedado evidenciado con su práctica y ardua labor para mantener la paz y la seguridad internacionales. El Consejo ha instado a los Estados Miembros a considerar determinados tratados en materia de terrorismo y

De hecho, el artículo 75 de la Convención de Viena de 1969 no hace más que confirmar este papel tan peculiar del Consejo en el ámbito del comúnmente denominado Sistema Universal de Seguridad Colectiva de las Naciones Unidas, estableciendo para el caso de un Estado agresor que las normas de la Convención “se entenderán sin perjuicio de *cualquier obligación que pueda originarse con relación a un tratado para un Estado agresor como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas* con respecto a la agresión de tal Estado.¹⁷⁰” A este respecto, resulta conveniente citar las palabras de LACHS, diciendo que: “l’intérêt de la paix et de la sécurité internationale peut rendre nécessaire d’imposer à un tel Etat des restrictions et devoirs spéciaux.¹⁷¹”

Pues bien, la capacidad del Consejo de Seguridad de imponer obligaciones jurídicas está generalmente aceptada y justificada por sus propias prerrogativas. No obstante, no podemos ratificar lo mismo cuando se pretende imponer, no ya una obligación dentro de un tratado, sino el tratado en sí a un tercer Estado¹⁷². Se trata de una relación simbiótica muy compleja. Tal y como afirma WOOD, “just as treaties are an important tool of international relations, so the Security Council is

contraterrorismo, e incluso propuesto que lleguen a ser partes en los mismos. Una ilustración de lo anterior es la Resolución 1373 (2001), aprobada por unanimidad el 28 de septiembre de 2001, instando a todos los Miembros a adoptar una serie de medidas destinadas a reforzar su capacidad jurídica e institucional para combatir las actividades terroristas, exhortando a todos los Estados a «[a]dherirse cuanto antes a las convenciones y los protocolos internacionales pertinentes relativos al terrorismo, en particular al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999». Vid. CSNU, Resolución 1373 (2001), de 28 de septiembre de 2001, *Sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo*, UN Doc. S/RES/1373 (2001), para. 3, letra d). Esta Resolución ha sido considerada como un auténtico tratado internacional materializado en el cumplimiento de las funciones ‘legislativas’ del Consejo de Seguridad.

¹⁷⁰ Énfasis añadido.

¹⁷¹ LACHS, M., “Le développement et les fonctions des traités multilatéraux”, *Recueil des Cours*, Vol. 92, 1957, pp. 229 y ss., at p. 315.

¹⁷² Un aspecto importante a destacar es la íntima relación que guardan entre sí el incumplimiento de un tratado y la amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Tal relación se puede apreciar, sobre todo, cuando nos referimos a tratados que, por su relevancia material, inciden directamente en el régimen de Seguridad Colectiva, como pueden ser los tratados de control armamentístico y de no-proliferación, los tratados de delimitación de fronteras terrestres o marítimas, o los tratados sobre inmunidades jurisdiccionales y aquellos otros que tipifican determinadas conductas como crímenes internacionales. En lo que se refiere a los crímenes internacionales, ha quedado reflejado en el Preámbulo del Estatuto de Roma que los crímenes allí tipificados representan una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Incluso, en el año 1993 y 1994 el Consejo era proclive a crear Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, fundamentando su intervención en la amenaza que representaban aquellas situaciones para la Comunidad internacional.

an important actor in relation to treaties.¹⁷³ Aunque, debemos reconocer que el Consejo se ha abstenido de imponer tales obligaciones en la medida de lo posible, no porque dudaba de su capacidad para hacerlo, sino, más bien, por razones de índole política. Con ello, esta cuestión queda inserta en el debate de la actuación *ultra vires* del Consejo de Seguridad, sobre todo una vez finalizada la Guerra Fría. De ahí que, sostener que todo lo que ha hecho el órgano desde entonces es ilegal nos parece exagerado. Negar que ha actuado fuera de sus poderes, igualmente¹⁷⁴.

En nuestra modesta opinión, mediante la Resolución 1593, de 31 de marzo de 2005¹⁷⁵, lo que realiza el Consejo de Seguridad es justamente lo que acabamos de describir. Al remitir la situación en Darfur a la Fiscalía, y aun admitiendo que no hubiera sido su intención, el Consejo, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, ha impuesto la obligación a un Estado Miembro (el Sudán)¹⁷⁶ a observar un tratado internacional del que aquel es un tercero a los efectos de la Convención de Viena. En efecto, el Consejo impone la obligación de “cooperar plenamente¹⁷⁷” —por cierto, una obligación *contraída en virtud de la Carta*, siguiendo la lógica del artículo 103—, aunque esta obligación no se puede entender como una provisión aislada del Estatuto. Como consecuencia, resulta que Sudán debe cumplir no sólo la obligación de cooperación impuesta por esta resolución, sino también todas las demás disposiciones estatutarias¹⁷⁸. Por ello, siendo verdad que en el texto de la

¹⁷³ WOOD, M., “The Law of Treaties and the UN Security Council: Some Reflections”, *op. cit.*, p. 248.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 247.

¹⁷⁵ CSNU, Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo de 2005, UN Doc. S/RES/1593 (2005).

¹⁷⁶ El Sudán ha firmado el Estatuto de Roma el 8 de septiembre de 2000, aunque nunca ha llegado a ratificarlo. En una comunicación recibida el 26 de agosto de 2008, el Gobierno del Sudán informó al Secretario General de las Naciones Unidas, como depositario del Estatuto de Roma, sobre esto: «Sudan does not intend to become a party to the Rome Statute. Accordingly, Sudan has no legal obligation arising from its signature on 8 September 2000.» Depositary Notification Reference: C.N.612.2008.TREATIES-6.

¹⁷⁷ En particular, el Consejo de Seguridad: «Decide que el Gobierno del Sudán y todas las demás partes en el conflicto de Darfur deben *cooperar plenamente* con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución y, *aunque reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto*, exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente.» Véase UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 2. Énfasis añadido.

¹⁷⁸ «The terms of such cooperation are set by the Rome Statute. The Court is an institution whose competences are established by its Statute and, indeed, which cannot receive cooperation but in accordance with its Statute.» ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with

resolución no se impone al Sudán una obligación de ratificar el Estatuto de Roma, la intensidad de la decisión es tal que podría asumir obligaciones equivalentes a las de los Estados Partes, como sería, en efecto, la obligación de cooperación con la Corte.

Pues bien, podemos afirmar que la *fuerza* de esta obligación está en la Carta de las Naciones Unidas, aunque el *contenido material* de la misma se encuentra en el Estatuto de Roma¹⁷⁹. En este caso, ¿cómo se justificaría la actuación del Consejo de Seguridad? El primero y el más notorio es el artículo 25 de la Carta, siendo la base jurídica, según la cual: “[l]os Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.” Si bien el Sudán no es Parte en el Estatuto de Roma, lo cierto es que sí es Miembro de las Naciones Unidas, y, como tal, tiene la obligación de acatar todas y cada una de las decisiones que el Consejo llegue a adoptar en el ejercicio de sus funciones y poderes coercitivos. El otro argumento podría estar en el artículo 24, que confiere al Consejo de Seguridad, en exclusiva, la responsabilidad primordial para mantener la paz y la seguridad internacionales, a fin de asegurar una acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas.

Por tanto, tomando como ejemplo el primer caso de remisión en el ámbito de la Corte, parece evidente que el núcleo central del problema es que el Estatuto de Roma resulta, finalmente, oponible al Sudán, con lo que ello conlleva para las inmunidades de jurisdicción de su entonces Jefe de Estado, el Sr. *Omar Al Bashir*. De esta remisión, evoca la oponibilidad del Estatuto de Roma a un Estado que no es Parte, ya que la Resolución 1593 lo que hace es “adaptar” el estatus de tercero del Sudán frente al Estatuto, y que, aun no siendo formalmente Parte porque no se puede constatar la manifestación de su consentimiento, no obstante, *de facto*, sí podría considerarse que su tratamiento sería equivalente al de un Estado Parte, a los solos efectos del procedimiento ante la Corte. En palabras de BOSCHIERO, la Resolución 1593 convierte el Estatuto en aplicable para el Sudán porque coloca a

the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir”, ICC-02/05-01/09-302, 6 July 2017, para. 88.

¹⁷⁹ Véanse las observaciones de los *amicus curiae*: ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, “Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, Cryer, de Guzman, Lafontaine, Oosterveld, and Stahn”, 17 June 2018, ICC-02/05-01/09-362, para. 5, *in fine*.

dicho Estado en una *situación jurídica análoga* a la de un Estado Parte¹⁸⁰. Además, en la opinión del profesor KRESS, “the Security Council expresses its intention to place the State of Sudan in a legal situation analogous to that of a State Party for the purposes of the proceedings that result from the referral.”¹⁸¹

En contra de esta posición se manifiesta TLADI, rechazando la declaración de que la Resolución 1593 coloca al Sudán en una situación análoga o equiparable a la de un Estado Parte del Estatuto de Roma — lo que sería también extrapolable a la segunda remisión relativa a Libia —, y lo hace en estos términos:

«The construction that the Security Council referral makes Sudan a state party to the ICC does not follow... [O]nce the Court has jurisdiction under Article 13, the nationality of any defendant becomes irrelevant, with the effect that indeed, Article 27 would be applicable to Al Bashir but not because Sudan becomes a party to the Statute but rather because the Court has jurisdiction under Article 13¹⁸².»

A partir de este contraste de opiniones, nosotros no queremos decir que el Consejo de Seguridad convierte, *de iure*, a estos Estado en Partes en el Estatuto¹⁸³, pero tampoco podemos perder de vista que, a los efectos del procedimiento ante la Corte, esos Estados están sometidos a las disposiciones del Estatuto de Roma. Por lo tanto, no podemos negar que los efectos jurídicos de la resolución colocan, *de facto*, al Estado en una *situación análoga*, aunque sea temporalmente. Pues bien, aun cuando ese Estado puede oponerse públicamente a un tratado y en particular al Estatuto, lo cierto es que existen una serie de instrumentos que reservan ciertas acciones a la esfera de actuación propia del Consejo de Seguridad, por entenderse

¹⁸⁰ La cita original establece: «By subjecting Sudan to the requests and decisions of the ICC and to a ‘full cooperation’ regime, Resolution 1593 makes the ICC Statute applicable to Sudan, placing it in a situation *analogous* to that of a state party.» BOSCHIERO, N., “The ICC Judicial Finding on Non-Cooperation Against the DRC and No Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, No. 3, 2015, pp. 625-653, at p. 652.

¹⁸¹ KRESS, C., “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute”, en BERGSMO, M. y LING, Y. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing: Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012, pp. 223-265, at p. 242.

¹⁸² TLADI, D., “The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, No. 1, 2013, pp. 199-221, at pp. 211-212.

¹⁸³ Asimismo, ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, “Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, Cryer, de Guzman, Lafontaine, Oosterveld, and Stahn”, *op. cit.*, para. 5.

que recaen en la órbita de sus competencias y facultades atribuidas *expressis verbis* por la Carta.

En este mismo contexto, resulta conveniente saber cuál es la posición de la Corte sobre el estatus formal del Sudán a los efectos de la causa penal sustanciada ante la misma:

«The Chamber finds, by majority, that the necessary effect of the Security Council resolution triggering the Court's jurisdiction in the situation in Darfur and imposing on Sudan the obligation to cooperate fully with the Court, is that, *for the limited purpose of the situation in Darfur, Sudan has rights and duties analogous to those of States Parties to the Statute*¹⁸⁴.»

Como se puede evidenciar, la Sala de Cuestiones Preliminares II hace una interpretación extensiva de los términos de la Resolución 1593, en la medida en que considera que Sudán debe ser tratado de forma similar o análoga a la de un Estado Parte en el Estatuto; eso sí, no en virtud de su consentimiento — que nunca llegó a prestar —, sino por la naturaleza obligatoria de las decisiones del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta. Además, esta construcción está respaldada por las reglas generales de interpretación de las resoluciones del Consejo¹⁸⁵.

Si bien, es cierto que hay autores que defienden la tesis de que el Sudán no puede ser asimilado a un Estado Parte en el Estatuto de Roma por el simple hecho de que nunca ha manifestado su consentimiento a tales efectos¹⁸⁶. Otra parte de

¹⁸⁴ ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir", 6 July 2017, ICC-02/05-01/09-302, para. 88. La cursiva es nuestra. Esta misma línea interpretativa ha sido corroborada por la Sala de Cuestiones Preliminares II años atrás, en concreto, véase ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, "Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court", 9 April 2014, ICC-02/05-01/09-195, para. 29.

¹⁸⁵ Véanse, entre otros: BOSCHIERO, N., "The ICC Judicial Finding on Non-Cooperation Against the DRC and No Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593", *op. cit.*, p. 639; CROSS, M.E. y WILLIAMS, S., "Recent Developments at the ICC", *Human Rights Law Review*, Vol. 9, No. 2, 2009, pp. 267-287, at p. 279; SSENYONJO, M., "The International Criminal Court Arrest Warrant Decision for President Al Bashir of Sudan", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 1, 2010, pp. 205-225, at p. 210; WOOD, M., "The Interpretation of Security Council Resolutions, Revisited", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 20, No. 1, 2017, pp. 1-35.

¹⁸⁶ Esta posición la defienden, entre otros autores en la doctrina, los siguientes: DAQUN, L., "Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?", en BERGSMO, M. y LING, Y. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing: Torkel

la doctrina, como ya hemos dicho, se inclina hacia la tesis de equiparar al Sudán a un Estado Parte, por los efectos jurídicos que produce la resolución de remisión. Aunque, parece destacable la excepción que introduce el párrafo segundo de ésta, al decir que el Consejo de Seguridad “reconoce que los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a dicho Estatuto”.

3.2. La operatividad jurídica del artículo 103 de la Carta en los casos de remisión del Consejo de Seguridad

Para terminar, pasamos a estudiar cómo opera en la práctica la cláusula de primacía del artículo 103 de la Carta en los supuestos en que se trata de aplicar el Estatuto de Roma por mandato imperativo del Consejo de Seguridad respecto de un Miembro de las Naciones Unidas, aunque tercero respecto del instrumento de la Corte.

A los efectos de esta parte, vamos a centrarnos en la obligación de cooperar impuesta por el Consejo de Seguridad en el marco de la Resolución 1593 al Sudán y a todos los demás Miembros de las Naciones Unidas, siendo ésta una obligación *contraída en virtud de la Carta*. Pero, ¿cuál es la intensidad de tal obligación? En el transcurso del procedimiento, la Corte emitió dos órdenes de detención y entrega contra el Presidente del Sudán *Omar Al-Bashir*, aunque los Estados destinatarios, incluso Partes en el Estatuto, se negaron a ejecutar las mismas, bajo el argumento de que si así lo hacen actuarían de manera contraria a su obligación de garantizar la inmunidad jurisdiccional del Jefe de Estado¹⁸⁷.

Opsahl Academic Epublisher, 2012, pp. 55-74, at pp. 70-73; GAETA, P., “Darfur Debate – What Should the ICC Do About the Darfur Situation?”, *ICC Forum*, 6 May 2011 [Recurso electrónico]; NOUWEN, S. y ALBANESE, M., “Arresting Bashir: How the ICC has Violated its Own Statute”, *African Arguments*, 10 March 2009 [Recurso electrónico].

¹⁸⁷ El 4 de marzo de 2009 y el 12 de julio de 2010, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió dos órdenes de detención contra *Omar Al Bashir*. Estas órdenes de detención aún no se han ejecutado: ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, “Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-1; ICC, Pre-Trial Chamber I, “Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 12 July 2010, ICC-02/05-01/09-95.

En esta ocasión, la Corte desarrolló una construcción teórica muy acertada en el momento de dirimir un conflicto obligacional que planteó, en su momento, la República Democrática del Congo (RDC), expresando que, a la vista de la visita de *Omar Al Bashir* en su territorio, las autoridades congoleñas se enfrentan a una situación compleja, ambigua y molesta en términos de tiempo y de obligaciones jurídicas en conflicto¹⁸⁸. De conformidad con las declaraciones efectuadas por las autoridades congoleñas, el Presidente sudanés disfruta de “ciertas inmunidades” vinculadas a su cargo de Jefe de Estado¹⁸⁹. No obstante, la Corte ha argumentado que el artículo 27 del Estatuto de Roma deja estas inmunidades sin efectos debido a la Resolución 1593 del Consejo de Seguridad, que estaba destinada a eliminar cualquier impedimento al procedimiento ante la Corte, incluido el levantamiento o la revocación de las inmunidades¹⁹⁰. Aunque, la RDC insistió sobre la validez a ultranza de dichas prerrogativas, sosteniendo que *Al Bashir* es el Jefe de un Estado Miembro de la Unión Africana¹⁹¹.

No es de extrañar que la relación entre la Corte y la Unión Africana (UA) es hostil, teniendo en cuenta las muy divergentes posiciones que adopta cada una de estas instituciones, sobre todo, en materia de cooperación e inmunidades. La UA, a raíz de las acusaciones de *Omar Al Bashir* y, más tarde, de *Uhuru Kenyatta*¹⁹², actualmente Presidente de la República de Kenia, ha defendido categóricamente la inmunidad de los Jefes de Estado como el elemento central de la soberanía del Estado. En respuesta a este planteamiento, en la *situación en la República de Kenia*,

¹⁸⁸ ICC, Registry, Annex II: Transmission to Pre-Trial Chamber II of the observations submitted by the Democratic Republic of Congo pursuant to the “Decision requesting observations on Omar Al-Bashir’s visit to the Democratic Republic of Congo”, 3 March 2014, ICC-02/05-01/09-190-AnxII-tENG, pp. 4 y ss.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Véase ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court”, 9 April 2014, ICC-02/05-01/09-195, paras. 29-30.

¹⁹¹ «In the instant case, the President of Sudan, in accordance with international custom, enjoys certain immunities which come with his position as Head of State; immunities which, though ineffective under the Rome Statute (article 27), still remain valid considering that the prosecuted person is the Head of a member State of the African Union.» ICC-02/05-01/09-190-AnxII-tENG, p. 7.

¹⁹² Actualmente, la causa penal contra el Presidente KENYATTA se encuentra sobreeséida por la falta de pruebas suficientes contra él. El caso se considera cerrado hasta que la Fiscalía presente nuevas pruebas. Véase al respecto el Art. 84 del Estatuto de Roma. Vid. ICC, *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, Trial Chamber V(b), “Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta”, 13 March 2015, ICC-01/09-02/11-1005.

el magistrado HANS-PETER KAUL manifestó en su Opinión disidente a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II que: “[w]ith the values of mankind being under attack by the specific threat, considerations of State sovereignty (*domaine réservé*) were deemed irrelevant in these particular instances.¹⁹³”

Ahora bien, por lo que se refiere a la práctica obstructiva de la Asamblea de la Unión Africana, el 3 de julio de 2009, ésta ha adoptado una Decisión a través de la cual prohibía a todos sus Estados Miembros a cooperar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Estatuto de Roma respecto de las inmunidades, es decir, en lo que se refería a la detención y entrega de *Omar Al Bashir*¹⁹⁴. El 12 de octubre de 2013, la Asamblea emitió otra Decisión (Decisión No. 1)¹⁹⁵, sobre la relación de África con la Corte Penal Internacional. En la parte dispositiva de esta Decisión, la Asamblea decía literalmente lo siguiente:

«That to safeguard the constitutional order, stability and, integrity of Member States, no charges shall be commenced or continued before any International Court or Tribunal against any serving AU Head of State or Government or anybody acting or entitled to act in such capacity during their term of office¹⁹⁶».

De conformidad con la Decisión anterior, la orden de detención y entrega de *Omar Al Bashir*, según las autoridades congoleñas, “became inconsistent with their obligation to respect the immunities that come with the position of Head of State¹⁹⁷”. Las autoridades afirmaron, fundamentalmente, que se encuentran ante una situación delicada e inmanejable¹⁹⁸, en la medida en que ambos instrumentos

¹⁹³ ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, 31 March 2010, ICC-01/09-19-Corr, “Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul”, p. 34, para. 64.

¹⁹⁴ «DECIDES that in view of the fact that the request by the African Union has never been acted upon, the AU Member States shall not cooperate pursuant to the provisions of Article 98 of the Rome Statute of the ICC relating to immunities, for the arrest and surrender of President Omar El Bashir of The Sudan». Vid. AU, *African Union Assembly Decision*, “Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)”, adopted by the Thirteenth Ordinary Session of the Assembly in Sirte, Great Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya on 3 July 2009, AU Doc. Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1, para. 10.

¹⁹⁵ AU, *African Union Assembly Decision*, “Decision on Africa’s Relationship with the International Criminal Court (ICC)”, Extraordinary Session of the Assembly of the African Union, 12 October 2013, Ext/Assembly/AU/Dec.1(Oct.2013).

¹⁹⁶ Ext/Assembly/AU/Dec.1(Oct.2013), para. 10(i).

¹⁹⁷ ICC-02/05-01/09-190-AnxII-tENG, p. 7.

¹⁹⁸ ICC-02/05-01/09-190-AnxII-tENG, p. 6.

—refiriéndose asimismo al Estatuto— reconocen la noción de inmunidad, lo que califican como una *obligación paralela*¹⁹⁹.

En este orden de ideas, entendemos que la exposición anterior ha sido muy conveniente para adentrarnos en el planteamiento de las autoridades congoleñas, admitiendo éstas que se enfrentan a una serie de obligaciones contrapuestas que generan un verdadero conflicto normativo en el plano internacional. Por lo tanto, afirman que, si dan cobertura a la solicitud de detección y entrega emitida por la Corte, en el cumplimiento de esta obligación estatutaria infringirían de forma casi simultánea el mandato que emana de la Decisión de la UA de no cooperar con la Corte. En este contexto, la RDC lo que plantea es, más correctamente, un conflicto obligacional entre las obligaciones derivadas de su condición de Miembro de la UA²⁰⁰ y las contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. En todo caso, se trata de obligaciones contradictorias que surten efectos jurídicos para el Estado Miembro en ambos casos. Por tanto, las relaciones de conflicto que invoca la RDC existen no sólo entre la Corte y la UA, sino también entre la UA y el Consejo de Seguridad. ¿A cuál de ellas hay que reconocer el efecto de aplicación prevalente?

Para estos supuestos, la Corte argumenta que el conflicto de obligaciones se resuelve mediante el recurso a los artículos 25 y 103 de la Carta. Y, aunque no

¹⁹⁹ Sobre esta relación pueden verse, entre otros autores: DU PLESSIS, M., "The Omar Al-Bashir Case: Exploring Efforts to Resolve the Tension between the African Union and the International Criminal Court", en MALUWA, T., DU PLESSIS, M. y TLADI, D. (eds.), *The Pursuit of a Brave New World in International Law*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2017, pp. 431-467; DU PLESSIS, M., "Exploring Efforts to Resolve the Tension Between the AU and the ICC over the Bashir Saga", en ANKUMAH, E.A. (ed.), *The International Criminal Court and Africa. One Decade On*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016, pp. 245-274; DU PLESSIS, A. y MAUNGANIDZE, O.A., "The ICC and the AU", en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 65-83; KHAN, A., "Ten Years of International Criminal Court Practice – Trials, Achievements and Tribulations: Is the ICC Today what Africa Expects or Wants?", en ANKUMAH, E.A. (ed.), *The International Criminal Court and Africa. One Decade On*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016, pp. 433-440; METTRAUX, G., DUGARD, J. y DU PLESSIS, M., "Heads of State Immunities, International Crimes and President Bashir's visit to South Africa", *International Criminal Law Review*, Vol. 18, No. 4, 2018, pp. 577-622; PETER, C.M., "Fighting Impunity: African States and the International Criminal Court", en ANKUMAH, E.A. (ed.), *The International Criminal Court and Africa. One Decade On*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016, pp. 1-62.

²⁰⁰ De acuerdo con el Art. 23, párrafo segundo, del Acta Constitutiva de la Unión Africana, sobre la imposición de sanciones: «Furthermore, any Member State that fails to comply with the decisions and policies of the Union may be subjected to other sanctions, such as the denial of transport and communications links with other Member States, and other measures of a political and economic nature to be determined by the Assembly.» Acta Constitutiva de la Unión Africana, adoptada el 7 de noviembre de 2000 en la Cumbre de Lomé, Togo, que entró en vigor el 26 de mayo de 2001.

vamos a entrar de nuevo en el contenido de ambos preceptos, sí que nos parece oportuno detenernos mínimamente en la interpretación que de los mismos hace la Corte Internacional de Justicia en la Opinión consultiva de 21 de junio de 1971, sobre las *Consecuencias jurídicas derivadas de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia*²⁰¹, en la que acaba diciendo lo siguiente:

«[W]hen the Security Council adopts a decision under Article 25 in accordance with the Charter, it is for member States to comply with that decision, including those members of the Security Council which voted against it and those Members of the United Nations who are not members of the Council. *To hold otherwise would be to deprive this principal organ of its essential functions and powers under the Charter*²⁰².»

A nuestro modo de ver, la posición de la UA y la protesta de sus Estados Miembros no tienen ningún fundamento *vis-à-vis* la Corte, ya que ésta se limita a ejecutar un mandato originado en una decisión del Consejo de Seguridad, que es la que le otorga competencia para el caso en cuestión. De cualquier manera, tales inquietudes de índole jurídica deben dirigirse a este órgano político, dado que es el que remitió la situación en Darfur, con todas las limitaciones a la soberanía que ello supone para el Sudán. Pero, dichas limitaciones no se producen en virtud del Estatuto, sino en virtud de la Carta, que, como hemos afirmado antes, es la *f fuente* de la obligación contraída.

Pues bien, con arreglo al artículo 103 de la Carta, deriva que el Consejo de Seguridad habría dejado inefectivas las inmunidades que acompañarían en otras circunstancias al Presidente *Al Bashir*, desvirtuando así las declaraciones de las autoridades congoleñas. Es más, el alegado conflicto obligacional queda resuelto, precisamente, mediante el recurso al mencionado artículo, de manera que la RDC no puede invocar ninguna otra decisión u obligación asumida en su condición de Miembro de la UA, debiendo cumplir con la obligación general de cooperación que le impone la propia Resolución 1593²⁰³. Pues, para la RDC, la obligación de

²⁰¹ ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *op. cit.*, para. 116.

²⁰² Énfasis añadido.

²⁰³ La obligación de «cooperar plenamente con la Corte y el Fiscal y prestarles toda la asistencia necesaria en aplicación de la presente resolución», UN Doc. S/RES/1593 (2005), para. 2. Sobre la cuestión de la cooperación antes y durante el proceso penal ante la CPI, véase BUJOSA VADELL,

“cooperar plenamente” con la Corte, además de una obligación estatutaria, al ser Parte en el Estatuto de Roma, es, asimismo, una obligación contraída *en virtud* de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo que, disfruta de un carácter prevalente y prioritario en su aplicación frente a cualquier otro compromiso internacional. No sería una extravagancia concluir que, en sus temores por incumplir la Decisión de la UA, en realidad, lo que la RDC ha hecho es desatender el mandato expreso del Consejo de Seguridad. Siendo un Estado Miembro de las Naciones Unidas, la Resolución 1593 es *obligatoria* para sus autoridades y *prevalece* ante cualquier otro compromiso que pueda haber contraído en sus relaciones internacionales. De ahí que, el deber de *cooperar plenamente* con la Corte se hace extensible al Sudán por los efectos mismos de la Resolución 1593.

En una posición de disconformidad con la obligación de cooperar se sitúa la profesora PAOLA GAETA, respaldando la decisión de los Estados Miembros de la UA de rechazar todo tipo de asistencia judicial a la Corte en la ejecución de las órdenes de detención y entrega emitidas contra el entonces Presidente *Al Bashir*:

«The request by the ICC to arrest and surrender President Al Bashir is therefore not in conformity with Article 98(1) of the Rome Statute. The ICC has not obtained from the Government of Sudan any waiver of the immunities of President Al Bashir; hence, it was not empowered by the Statute to proceed with a request for arrest and surrender. The steps taken by the ICC in this respect are *ultra vires* and at odds with Article 98(1)²⁰⁴.»

Antes de analizar estas palabras, que valoramos respetuosamente, aunque no podemos compartir por lo siguiente. El argumento que vertebra estas ideas es que el actuar de la Corte es contrario a su propio Estatuto, en concreto, al artículo 98.1, ya que, según la autora, aquella no ha obtenido previamente la cooperación del Sudán para la renuncia de la inmunidad de su Jefe de Estado. Para GAETA, la renuncia de la inmunidad parece ser una condición especial e ineludible para que los Estados Miembros de la UA puedan ejecutar debidamente alguna de las dos órdenes de detención y entrega contra el Presidente *Al Bashir*. Y, si bien la autora

L.M., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Barcelona: Atelier, 2008, pp. 137 y ss.

²⁰⁴ GAETA, P., “Darfur Debate – What Should the ICC Do About the Darfur Situation?”, *ICC Forum*, 6 May 2011.

reconoce en un primer momento que la base jurídica para que Sudán coopere con la Corte es la Resolución 1593, posteriormente afirma esto otro:

«State Parties to the Statute, including African Union State parties, are not obliged to execute the ICC request for surrender of President Al Bashir as long as he is entitled to personal immunities under international law; they act lawfully if they decide not to comply with the request²⁰⁵.»

Entendemos que el único motivo para concluir en este sentido sería asumir que la Resolución 1593 no exime a la Corte de recabar el consentimiento del tercer Estado, esto es, el Sudán, con carácter previo, para garantizar su cooperación para la renuncia a la inmunidad. Dicho de otra manera, esta interpretación se basa en la idea de que la resolución del Consejo de Seguridad no revoca automáticamente las inmunidades personales, como lo establece la Sala de Cuestiones Preliminares II en su Decisión de 9 de abril de 2014.

Porque, la motivación anterior no nos convence, optamos por la posición que adoptó la Corte, ya que nos parece más respetuosa con la naturaleza jurídica vinculante de las resoluciones del Consejo, aunque, indudablemente, supone una intromisión muy importante en la soberanía e independencia política del Sudán. Pero, al incorporarse a las Naciones Unidas, la actuación voluntaria de ese Estado ha sido la de aceptar, con todas las consecuencias, el cumplimiento de todas esas decisiones. La línea argumentativa de la Corte es, sobre todo, fiel a la Carta de las Naciones Unidas, al entender que la Resolución 1593 ha eliminado cualquier tipo de inmunidad a los fines del procedimiento que se iba a sustanciar ante la misma. Finalmente, compartimos las palabras de ABRISKETA URIARTE, admitiendo que la “resolución del Consejo de Seguridad extiende los poderes coercitivos de la Corte *más allá* de las previsiones del propio Estatuto con el fin de obtener la cooperación total de Sudán.²⁰⁶” Por último, debemos señalar que esta construcción nos parece más acertada a la hora de argumentar que la cooperación judicial y la renuncia a

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ ABRISKETA URIARTE, J., “Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, No. 1, 2016, pp. 19-47, at p. 40, *infra*. Énfasis añadido.

la inmunidad del Presidente *Omar Al Bashir* se entienden *subsumidas* en el propio mandato del Consejo de Seguridad.

En definitiva, podemos concluir que, la operatividad del artículo 103 de la Carta reside en la fuerza vinculante y la superioridad jerárquica de ésta. Se trata de una técnica de imperatividad que garantiza la observancia y el cumplimiento, en primer lugar, de toda obligación contraída por los Miembros en virtud de la misma. En consecuencia, un Estado no Parte en el Estatuto, como el Sudán, está obligado a cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad por las que se remite una situación a la Corte, incluida su propia causa; y la primacía de éstas hace que prevalezcan frente a cualquier otra obligación contradictoria que pudiera haber contraído ese mismo Estado²⁰⁷. De ahí que, el Estatuto de Roma y su artículo 27.2 son plenamente aplicables al Sudán, como a cualquier otro Estado no Parte en el instrumento, cuyo Jefe de Estado y de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores podría encontrarse en semejante situación en el futuro. Así que, ese Jefe de Estado no podría beneficiarse de la inmunidad que le reconoce el Derecho Internacional consuetudinario por su condición y que es intrínseca a su cargo oficial, con el fin de impedir u obstruir el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre su persona.

²⁰⁷ En este sentido, véase DAQUN, L., "Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?", *op. cit.*, p. 71.

CONCLUSIONES

I. SOBRE LOS CRITERIOS QUE FUNDAMENTAN LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ESTABLECIDOS EN EL ESTATUTO DE ROMA

- *La competencia de la Corte está estrictamente reglada por el Estatuto de Roma por razón del crimen, la persona, el espacio temporal y el lugar de comisión de la conducta, y cualquier ampliación de su alcance material deberá pasar por un proceso de enmienda de este instrumento internacional.*

Como primera afirmación, podemos sostener que el Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional exige la confluencia de cuatro criterios jurisdiccionales que responden a las preguntas: sobre qué crímenes, quiénes son los responsables, cuándo y dónde puede intervenir la Corte.

Así, por lo que se refiere a la competencia material, podemos señalar que el Estatuto de Roma no confiere jurisdicción a la Corte sobre todos los crímenes que puedan adoptar el calificativo de internacionales, sino tan sólo sobre aquellos que tengan la condición de “más graves” para la Comunidad internacional en su conjunto. De ello, deriva que la Corte puede entrar a examinar la comisión de los crímenes a que se refiere el artículo 5 del Estatuto, de manera única y exclusiva. Fuera de los casos que puedan subsumirse en los tipos del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, la Corte no podrá conocer de unos hechos, *prima facie*, no tipificados como crimen de su competencia por respeto al más elemental principio de legalidad en materia penal, y también porque resulta improcedente recurrir a la técnica de la analogía.

Aunque, si bien los tipos de la competencia *ratione materiae* en el marco del Estatuto de Roma se consideran como los más graves, ello, no obstante, no debe interpretarse como el agotamiento de las figuras delictivas que puedan compartir el carácter de internacionales. Ahora bien, cualquier medida destinada a extender la competencia de la Corte sobre otros crímenes — como podría ser el terrorismo

internacional o el tráfico internacional de drogas ilícitas —, deberá encauzarse por la enmienda del Estatuto, como sucedió con respecto al crimen de agresión. Pues, fuera de estas cuatro figuras penales (*core crimes*) existen otra serie de crímenes a los que podemos denominar convencionales (*treaty crimes*), por estar consagrados de forma individualizada en diversos tratados internacionales.

En cuanto a la dimensión personal, son responsables ante la Corte por sus acciones u omisiones delictivas, únicamente, las personas naturales mayores de dieciocho años, excluyéndose la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De ahí que, en el marco del Estatuto de Roma la responsabilidad es estrictamente individual y nunca estatal. Así, el Estado, en cuanto tal, nunca podría responder ante la Corte por determinados actos. En cualquier caso, lo haría la persona que hubiese actuado a nombre del Estado en el ejercicio de sus funciones. Otra faceta, relacionada con la dimensión personal de la situación, es la condición personal o el cargo ejercido por ciertos individuos, como son los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores, entre otros titulares.

Por último, en lo que se refiere a la dimensión temporal y espacial, la Corte puede actuar a partir del momento de la entrada en vigor general del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002, en adelante, dado que la retroactividad de sus acciones está proscrita tajantemente por el artículo 24 del mismo. Además, la Corte tiene jurisdicción para investigar los crímenes cometidos en el territorio de un Estado Parte en el Estatuto, entendiendo por tal tanto los espacios sometidos a soberanía — como la superficie terrestre y el mar territorial —, como los espacios sometidos a su exclusiva jurisdicción. La Corte tiene competencia *ratione loci* para conocer de los crímenes enunciados en el artículo 5 del Estatuto, siempre que se produzca alguno de los escenarios circunstanciales siguientes:

- a) Si el crimen se haya cometido en el territorio de un Estado Parte, ya sea por sus propios nacionales, ya sea por los nacionales de un Estado que no sea Parte en el Estatuto (*principio de territorialidad*).
- b) Si el crimen se haya cometido por los nacionales de un Estado Parte, ya sea en el territorio de otro Estado Parte o en cualquier otro territorio de un Estado tercero (*principio de nacionalidad o personalidad activa*).

- c) Si el crimen se haya cometido por los nacionales de un Estado no Parte en el territorio de un Estado Parte (*principio de territorialidad*).
- d) Si el crimen se haya cometido en el territorio de un Estado no Parte que haya aceptado la competencia de la Corte mediante una declaración *ad hoc* (*principio de territorialidad ex artículo 12.3 del Estatuto*).
- e) Por último, si el crimen se haya cometido en cualquier parte del mundo con independencia de la condición de Parte o no del Estado territorial, cuando el Consejo de Seguridad actúe en el ámbito del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (*principio de territorialidad ex artículo 13 b. del Estatuto*).

Para el ejercicio de tal competencia, una vez verificada la existencia de los vínculos relevantes de jurisdicción, el Estatuto de Roma contempla en su artículo 13 hasta tres mecanismos de activación. Los sujetos con legitimación activa son, exclusivamente, los Estados Partes en el Estatuto, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el Fiscal, como órgano independiente dentro de la Corte que ostenta el monopolio para ejercer el *ius accusandi*. Fuera de estos tres órganos, no existe la posibilidad de que los particulares puedan activar la competencia de la Corte, dado que el individuo carece de *locus standi* ante la misma, sin perjuicio de que pueda remitir la información incriminatoria a la Fiscalía para que ésta pueda comprobar si existen indicios suficientes y razonables de criminalidad contra la persona o personas presuntamente responsables.

II. SOBRE LA IMPROCEDENCIA DEL CARGO OFICIAL A LOS EFECTOS DE DETERMINAR LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

- *La inmunidad de jurisdicción que conlleve el cargo oficial de una persona, ya sea conforme a las disposiciones de Derecho Internacional o de derecho interno, resulta irrelevante entre los Estados Partes en el Estatuto de Roma y frente a la Corte, de tal forma que no puede excluir la responsabilidad penal ni atenuar la pena en un caso determinado.*

En la determinación de la competencia de la Corte, aparte de los vínculos jurisdiccionales ya citados, debemos tomar en consideración la existencia de otra realidad procesal, como es la inmunidad de jurisdicción, a los efectos oportunos de fundamentar esta competencia. Pues, jurisdicción e inmunidad de jurisdicción son dos conceptos jurídicamente relacionados y excluyentes. Si hay inmunidad, entonces no puede haber tribunal competente o, dicho de otra manera, si lo fuere en circunstancias normales, la inmunidad implicaría una imposibilidad procesal para ejercer dicha competencia.

El desempeño de un cargo oficial, como podría ser el de un Jefe de Estado o Jefe de Gobierno, no exime a su titular de su responsabilidad penal individual ante la Corte, de manera que resulta absolutamente irrelevante tanto en el ámbito horizontal entre los Estados Partes en el Estatuto de Roma *inter se*, así como en el plano vertical *vis-à-vis* la Corte.

El párrafo primero del artículo 27 del Estatuto es una formulación escrita del Derecho Internacional consuetudinario sobre el tema y, por lo tanto, tiene un carácter declarativo. El objeto de este precepto es impedir que una persona, que haya cometido alguno de los crímenes mencionados en el artículo 5 del Estatuto de Roma, pueda invocar su cargo oficial como circunstancia que le exonere de su responsabilidad o le confiera cualquier privilegio procesal, incluso si esa persona invoca que los actos constitutivos del crimen fueron ejecutados en el desempeño de sus funciones oficiales. Podemos concluir que, bajo ninguna circunstancia el cargo oficial le eximirá de su responsabilidad penal ni atenuará su pena. Mientras que, el párrafo segundo del artículo 27 consagra una norma convencional a través de la cual los Estados Partes en el Estatuto han renunciado voluntariamente a las inmunidades y normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, incluso cuando se trate de sus propios Jefes de Estado. Tal norma no será oponible a los Estados que queden al margen del sistema del Estatuto de Roma.

Por lo que respecta a la consideración de si la regla de la improcedencia de la inmunidad *ratione personae* ante las jurisdicciones penales internacionales, más concretamente ante la Corte Penal Internacional, se haya consolidado como una

nueva norma o regla de Derecho Internacional consuetudinario, nos oponemos a esta propuesta por las siguientes razones. En primer lugar, concebimos el artículo 27.2 del Estatuto de Roma, que excluye la inmunidad en un procedimiento ante la Corte, como una renuncia estrictamente convencional, que no puede oponerse a los terceros Estados, salvo que haya intervenido el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, remitiendo la situación conforme al Capítulo VII de la Carta de la Organización. En segundo lugar, porque la posición sobre la consolidación de una excepción consuetudinaria a partir de la norma anterior no refleja el estado actual del Derecho Internacional. A este respecto, basta con remitirnos a la fuerte oposición de un amplio grupo de Estados africanos para entender que la norma consuetudinaria así propuesta esté, como sugerimos, *in statu nascendi*.

Por lo tanto, las reglas consuetudinarias que confieren inmunidad al Jefe de un Estado, al Jefe de un Gobierno o al Ministro de Asuntos Exteriores, procede concluir, se entenderán sin perjuicio de los regímenes especiales convencionales estipulados en los estatutos e instrumentos constitutivos de las cortes y tribunales penales internacionales. Ninguna de estas inmunidades resulta oponible frente a la Corte Penal Internacional, incluso cuando el presunto culpable de la comisión de un crimen de su competencia sea el Jefe de un Estado o el Jefe de un Gobierno, ni siquiera cuando el mismo se encuentre en el ejercicio activo de sus funciones.

Sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción en el ámbito internacional, existe también una inmunidad reconocida a los funcionarios de un Estado según las disposiciones internas de su ordenamiento jurídico. Entonces, ¿son oponibles internacionalmente estas inmunidades frente a la Corte? Podemos establecer que la concesión de cualquier privilegio en el ámbito estrictamente doméstico resulta igualmente improcedente ante la Corte. Pues, el artículo 27 en su párrafo segundo estipula claramente que esas inmunidades y normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo de una persona resultan improcedentes e inoponibles frente a la Corte.

Entonces, podemos afirmar que ningún tipo de inmunidad jurisdiccional, ni internacional ni interna, ni ninguna otra norma de procedimiento, pueden ser estimados por la Corte como una objeción preliminar a su competencia respecto

de una situación concreta. En definitiva, el cargo oficial de una persona no podrá alegarse como circunstancia modificativa de su responsabilidad ni podrá atenuar la pena.

III. SOBRE LA REMISIÓN A LA CORTE DE LOS CRÍMENES COMETIDOS POR LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO PARTE EN EL ESTATUTO

- *Cuando los crímenes de la competencia de la Corte se hayan perpetrado por los nacionales de un Estado no Parte en el Estatuto de Roma, ésta puede declararse competente sobre tal situación por virtud del principio de territorialidad de la conducta criminal, sin que ese tercero pueda invocar fundadamente la eficacia relativa del instrumento para precluir el enjuiciamiento de la causa criminis.*

La competencia de la Corte respecto de los nacionales de Estados no Partes sigue teniendo una importancia central en el sistema del Estatuto de Roma, sobre todo, teniendo en cuenta que no todos los Estados de la Comunidad internacional forman parte de dicho instrumento. Aun cuando sea políticamente inaceptable para los Estados no Partes observar cómo la Corte ejerce su jurisdicción sobre sus propios nacionales, a día de hoy no existe un fundamento razonable para excluir tal posibilidad.

Por un lado, los Estados Partes son completamente libres y soberanos para decidir si delegan el ejercicio, que no la titularidad, de una parte de su *ius puniendi* a una jurisdicción internacional, para lo cual no necesitan del consentimiento del tercer Estado objetor. La atracción de la territorialidad funciona con irrelevancia de la nacionalidad del acusado del crimen. Pues, una opinión en sentido contrario no sería más que pervertir la realidad estatutaria, legitimando un planteamiento que obedece más a razones políticas que a fundamentos de orden jurídico.

La investigación y el enjuiciamiento de conductas criminales tipificadas en el Estatuto de Roma como crímenes de la competencia de la Corte, y perpetradas

en el territorio de un Estado Parte de dicho instrumento, deberán ser calificadas como una cuestión de orden interno a la luz del principio de no injerencia en los asuntos del Estado territorial. El Estado del foro ostenta la competencia suprema para el ejercicio de la totalidad de competencias personales y territoriales en su orden interno. Por su parte, el Estado tercero no puede reivindicar fundadamente la eficacia relativa del Estatuto de Roma, alegando una vulneración del principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

Por otro lado, existen una serie de mecanismos o instrumentos jurídicos que permiten a esos terceros Estados contrarrestar la actividad jurisdiccional de la Corte sobre sus propios nacionales. Entre dichas limitaciones al ejercicio de la jurisdicción territorial de la Corte ocupan un lugar destacable y predominante la inmunidad de jurisdicción de los miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado no Parte desplegadas en el territorio de un Estado Parte; y los llamados Acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas Extranjeras o SOFA, que confieren precisamente dicha inmunidad.

En cuanto a la conformidad de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad con el Estatuto de Roma, particularmente con su artículo 98.2, dichos acuerdos no se ajustan al tenor literal de la disposición indicada y socavan el normal y efectivo funcionamiento de la Corte. Se trata de acuerdos que contribuyen a fomentar un espacio de impunidad para las personas sospechosas de haber cometido alguno de los crímenes de la competencia de la Corte, e incluso violan el principio *pacta sunt servanda* y la obligación general de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de no frustrar el objeto y el fin del mismo.

En cualquier caso, nos posicionamos en la línea doctrinal que defiende la conformidad del ejercicio de la competencia de la Corte sobre los individuos que cometen un acto criminal constitutivo de un crimen en el territorio de una Parte. En realidad, esto es lo que hace que la Corte sea un instrumento extremadamente poderoso y verdaderamente revolucionario porque, si bien no todos los Estados que integran la Comunidad internacional contemporánea hayan manifestado su consentimiento en obligarse por el Estatuto, en caso de que sus nacionales hayan

perpetrado un hecho típico, antijurídico y culpable en virtud del mismo, entonces deberán responder ante la propia Corte.

La delegación de jurisdicción territorial a la Corte no sólo es conforme con el Derecho Internacional, sino que constituye un paso decisivo a la hora de luchar contra la impunidad de los autores de esos graves crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes. La exclusión de la jurisdicción de la Corte de los nacionales de Estados no Partes habría significado un retroceso en el avance hacia la construcción de una verdadera justicia penal internacional; pues, habría dejado sin sentido su objeto y la finalidad para la que se había creado. Incluso, semejante exclusión habría planteado una situación de desigualdad respecto de los propios nacionales del Estado Parte que cometan las mismas conductas en el territorio de éste.

En definitiva, siguiendo la literalidad del artículo 12 del Estatuto de Roma, podemos concluir que el principio de territorialidad capacita a la Corte para que pueda conocer de cualquier hecho, siempre que el lugar de comisión del crimen se corresponda con el territorio de un Estado Parte. En tal caso, resulta irrelevante la nacionalidad del autor material y, por tanto, insignificante para la competencia de la Corte la condición de Parte del Estado de la nacionalidad del acusado del crimen.

IV. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL RESPECTO DE UN PROCEDIMIENTO *SUB IUDICE* EN LOS CASOS DE DENUNCIA DEL ESTATUTO DE ROMA

- *El Estatuto de Roma reconoce el acto de denuncia como un derecho a todos los Estados Partes, aunque prescribe la continuidad del procedimiento que se haya iniciado antes de su presentación.*

Como primera afirmación, podemos destacar que la denuncia del Estatuto está contemplada como un derecho de todo Estado Parte en el artículo 127 de este

instrumento, aunque su ejercicio está sometido al cumplimiento de determinadas condiciones formales que tienen que ver con la notificación del acto de denuncia. Cualquier Estado Parte, después de su incorporación al sistema, puede tomar la decisión soberana de retirarse del mismo sin que se imponga el cumplimiento de un período mínimo de espera desde la entrada en vigor particular. En principio, la denuncia puede ser notificada inmediatamente después del acto de adhesión. No obstante, una vez depositada en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, la misma producirá efectos jurídicos después de transcurrido el período reglamentario de doce meses.

El sometimiento del acto de denuncia al plazo del año natural responde a la necesidad de proteger los intereses de los demás Estados Partes en el Estatuto, además de que permite que el Estado denunciante recapacite su decisión. En todo momento, resulta posible que éste revoque la decisión de denuncia mediante la notificación al depositario de su última voluntad de permanecer en el sistema del Estatuto de Roma.

Además, hasta que la denuncia no se haga efectiva, el Estado denunciante sigue teniendo la consideración de Parte en el Estatuto y está obligado a cumplir todas sus disposiciones en virtud del principio *pacta sunt servanda*. En el instante en que abandone la Corte, dicho Estado no asumirá ni obligaciones, ni derechos conforme a este instrumento, salvo las que se hubieren producido a partir de una situación jurídica sustanciada antes de haberse presentado la denuncia.

En cuanto a los efectos jurídicos que produce la denuncia sobre el proceso ya iniciado ante la Corte, el Estatuto “sanciona” este acto con la continuidad del procedimiento incoado ante aquélla, independientemente de la fase procesal en que se encuentre en el momento en que la misma devenga efectiva. Por lo tanto, la denuncia no precluye la continuación de las investigaciones y el enjuiciamiento en curso, sino que reafirma la competencia de la Corte sobre la situación de que se trate.

V. SOBRE LAS REMISIONES A LA CORTE POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD EN EL MARCO DEL CAPÍTULO VII DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

- *La intervención del Consejo de Seguridad en el ámbito del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas configura el régimen del Estatuto de Roma como una excepción a la competencia personal y territorial de la Corte, y se eleva a la categoría de una obligación contraída en virtud de la Carta, jerárquicamente superior a cualquier otro compromiso internacional que corresponda al Estado Miembro y no Parte en el Estatuto de Roma.*

Cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decide activar la competencia de la Corte en ejercicio de su prerrogativa según el artículo 13 b) del Estatuto de Roma, podemos afirmar que se produce una alteración en los criterios jurisdiccionales vistos en primera instancia, en el sentido de que algunos de ellos resultan inaplicables. Cuando interviene el Consejo de Seguridad puede hacerlo respecto del territorio de cualquier Estado Miembro de la Organización y sin que importe su condición de Parte en el Estatuto, y respecto de cualquier individuo. En tales casos, los vínculos fundados en la territorialidad y en la nacionalidad de la conducta criminal resultan improcedentes. No obstante, aun en estos casos, la Fiscalía de la Corte nunca podría pronunciarse sobre unas conductas distintas de las tipificadas como crímenes en el artículo 5 del Estatuto, siendo la competencia *ratione materiae* una barrera infranqueable. Lo mismo cabe afirmar en relación con la temporalidad, dado que en ningún caso el Consejo puede remitir una situación ocurrida antes de la entrada en vigor general del Estatuto de Roma, el 1 de julio de 2002.

El Consejo de Seguridad deberá presentar una situación concreta, pero no puede remitir a una o varias personas de forma individualizada con sus nombres y apellidos, con el fin de preservar la independencia de la Fiscalía de la Corte, la única competente para acusar formalmente a un individuo; así como para evitar la politización de los casos finalmente remitidos a ésta.

Uno de los aspectos más destacables de este mecanismo de activación es, sin duda, la referencia a la Carta de las Naciones Unidas en el texto del Estatuto. De ello deriva que, en los supuestos de remisión *ex* artículo 13 b) del Estatuto, la fuente o el fundamento jurídico de la intervención están en la Carta, dado que se

necesita la acción del Consejo de Seguridad en el ámbito del Capítulo VII de ésta. Mientras que, el contenido de la remisión y la forma en que debe llevarse a cabo la misma se encuentran en el texto del propio Estatuto.

De ahí que, se trata de una relación que, como ninguna otra en el Estatuto, hace que la jurisdicción de la Corte se pueda calificar de universal, admitiendo la probabilidad de que la remisión pudiera afectar a cualquiera de los Estados que integran las Naciones Unidas. Aunque, la práctica al respecto ha demostrado que este mecanismo se emplea para suplir la falta de jurisdicción de la Corte cuando el Estado territorial sea tercero respecto del Estatuto, siendo la remisión de Darfur en 2005 y la de Libia en 2011 los únicos precedentes hasta la fecha.

La necesaria actuación del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta le permite, una vez haya *determinado* la existencia de una amenaza a la paz, de un quebrantamiento para la paz o de un acto de agresión, decidir qué medidas adoptar de conformidad con los artículos 40, 41 y 42 de la misma. Según el análisis presentado en el Capítulo V, podemos concluir que las situaciones de remisión de una situación a la Fiscalía de la Corte se ajustan mejor a la literalidad del artículo 41 de la Carta, en el sentido de que estamos ante una medida que no implica el uso de la fuerza armada ni tampoco es una medida provisional, ya que pretende resolver un conflicto de forma duradera a través del accionar de la Corte Penal Internacional.

Por último, debemos destacar como un inconveniente para las remisiones *ex* artículo 13 b) del Estatuto su exposición al derecho de veto cuando sea alegado por alguno de los Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad, erigiéndose como una verdadera limitación a la acción de este órgano político. Pues, teniendo en cuenta la actitud selectiva del Consejo en sus intervenciones y los efectos del veto, proponemos la adopción de un código de conducta entre los Miembros del Consejo, en línea similar a la lanzada por la República francesa en 2014, con el fin de limitar este derecho en los casos en que se denuncia la comisión de alguno de los crímenes bajo la competencia de la Corte, y evitar así la parálisis del Consejo ante una situación de máxima gravedad. Con ello, se pretenden contrarrestar los efectos del veto mediante la limitación voluntaria de sus titulares, puesto que una

reforma del artículo 27 de la Carta pasa necesariamente por el voto afirmativo de los cinco Miembros Permanentes, extremo que parece poco probable por tratarse de renunciar a un privilegio tan anhelado y controvertido en la actualidad.

VI. SOBRE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REMISIÓN POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD RESPECTO DE LOS ESTADOS NO PARTES EN EL ESTATUTO DE ROMA Y MIEMBROS DE LAS NACIONES UNIDAS

- *Los Estados terceros respecto del Estatuto de Roma no asumen ningún derecho ni obligación con arreglo a dicho instrumento. Los Miembros de las Naciones Unidas y no Partes en el Estatuto que se encuentren afectados por una decisión de remisión del Consejo de Seguridad adoptada ex Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas se encuentran bajo la obligación de cumplir tal resolución prevalentemente, incluso cuando la misma supone la renuncia a la inmunidad de jurisdicción reconocida ordinariamente a sus Jefes de Estado y de Gobierno.*

Todo compromiso internacional, una resolución jurídicamente vinculante o un tratado internacional en vigor obligan a un Estado a cumplir de buena fe las disposiciones procedentes de estas fuentes normativas, mientras siga ostentando la condición de Parte en cada uno de estos supuestos. Por el contrario, un Estado tercero respecto de un tratado no asume ninguna obligación ni tampoco derechos sin su cometimiento. Si el tratado reconoce derechos a favor de un tercer Estado, bastará el asentimiento de este último para hacerlos efectivos. Si el tratado prevea algunos gravámenes u obligaciones, en tal supuesto el consentimiento del Estado debe ser expreso y manifiesto.

El efecto relativo de los tratados internacionales no impide, sin embargo, que una norma positivada en un instrumento convencional sea oponible frente a otro Estado por vía consuetudinaria, dado el caso de que la misma comparta esta doble naturaleza. Siendo el Estatuto de Roma una norma de corte convencional, no podemos concluir que sus normas sustantivas y de procedimiento hayan dado

lugar a un régimen objetivo oponible a los Estados que queden fuera del mismo. Así, el Estatuto de Roma no obliga ni vincula al resto de Estados de la Comunidad internacional, considerados, por tanto, terceros.

Bajo estas premisas, el artículo 27 del Estatuto de Roma no puede oponerse a un Estado no Parte por el más debido respeto al principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Aunque, este artículo puede oponerse a un tercer Estado y, por tanto, revocarse la inmunidad de su Jefe de Estado o de Gobierno, sobre la base de una intervención del Consejo de Seguridad y tomando en consideración la naturaleza jurídica de sus remisiones.

La imposición de ciertas obligaciones dimanantes del Estatuto en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad se justifica por virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Se trata de una interpretación conforme que compartimos, ya que, de modo contrario, estaríamos ante una violación del principio invocado. Un Estado tercero, objeto de una remisión por el Consejo por haberse producido la situación de conflicto en su territorio, está bajo la obligación de cooperar plenamente con la Corte. En tal supuesto, ese Estado se posiciona en una situación análoga a la de un Estado Parte en el Estatuto de Roma, aunque sea solamente a los efectos de la remisión y de forma transitoria.

El artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas es una regla de conflicto que permite resolver una situación de incompatibilidad entre obligaciones que existen de forma concurrente. Entre las obligaciones contraídas por un Miembro en virtud de la Carta y las que le corresponden en virtud de cualquier otra norma o convenio internacional, prevalecerán las primeras. Si la situación de conflicto se produzca entre las obligaciones que emanan de la Carta frente a las que nacen de normas consuetudinarias, ante el silencio del artículo 103 sobre este particular, entendemos que la regla de conflicto se aplica en la misma extensión a las normas consuetudinarias como técnica imperativa. Esta afirmación se fundamenta en la naturaleza constitucional que caracteriza a la Carta de las Naciones Unidas, dado que se trata de una norma básica para la convivencia pacífica de los Estados, cuya eficacia jurídica está reforzada; y, asimismo, en el carácter especial de sus propias reglas respecto de las normas consuetudinarias.

Esta aparente quiebra de las inmunidades jurisdiccionales en los casos de intervención del Consejo de Seguridad puede justificarse solamente con base en la responsabilidad primordial conferida por la Carta a este órgano, con arreglo al artículo 24 de ésta, además de por la fuerza obligatoria de sus resoluciones en el cumplimiento de esta importante misión. En estos términos, cabe concluir que la primacía de las resoluciones del Consejo adoptadas conforme al Capítulo VII de la Carta, sobre cualesquiera otras obligaciones internacionales, viene impuesta *de iure* por el artículo 103 de esta última. Ante esta realidad, las inmunidades serían inoperantes.

ANEXOS

I. BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS Y MONOGRAFÍAS

AKSAR, Y., *Implementing International Humanitarian Law. From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Abingdon, Oxon: New York, NY: Routledge, 2004.

AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____*Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____*El crimen de agresión después de Kampala*, Madrid: Dykinson, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 2011.

_____*Internationales Strafrecht*, München: C.H. Beck, 2ª ed., 2008.

ANKUMAH, E.A. (ed.), *The International Criminal Court and Africa. One Decade On*, Cambridge: Intersentia, 2016.

AUST, A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2ª ed., 2007.

AZNAR GÓMEZ, M.J., *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, Madrid: Biblioteca Diplomática Española, Ministerio de Asuntos Exteriores, 2000.

BALLADORE PALLIERI, G., *Diritto internazionale pubblico*, Milano: Giuffrè, 6ª ed., 1952.

BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law, Volume I: Sources, Subjects and Contents*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 3ª ed., 2008.

_____*The Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis, and Integrated Text*, Leiden: Brill-Nijhoff, Vol. I, 2005.

- BASSIOUNI, M.C. y MCCORMICK, I., *Sexual Violence. An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, Chicago: International Human Rights Law Institute, DePaul University, 1996.
- BASSIOUNI, M.C. y SCHABAS, W.A. (eds.), *The Legislative History of the International Criminal Court. Second Revised and Expanded Edition*, 2ª ed. rev., 2016.
- BATUECAS FLORINDO, J.M., *El crimen de agresión en la Corte Penal Internacional*, Madrid: Dykinson, 2013.
- BAUER, A.F., *Effektivität und Legitimität: Die Entwicklung der Friedenssicherung durch Zwang nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen unter besonderer Berücksichtigung der neueren Praxis des Sicherheitsrats*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- BEDJAOUI, M., *The New World Order and the Security Council. Testing the Legality of its Acts*, Leiden: Brill-Nijhoff, 1995.
- BERMEJO GARCÍA, R., *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Madrid: Civitas, 1993.
- BERNARD, D., *Juger et juger encore les crimes internationaux: étude du principe "ne bis in idem"*, Bruxelles: Bruylant, 2014.
- BOLLO AROCENA, M.D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao: Editorial de la Universidad del País Vasco, 2004.
- BONDÍA GARCÍA, D., *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Barcelona: J.M. Bosch, 2004.
- BRENNAN, A.M., *Transnational Terrorist Groups and International Criminal Law*, Abingdon, Oxon: New York, NY: Routledge, 2019.
- BROOMHALL, B., *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

- BUJOSA VADELL, L.M., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Barcelona: Atelier, 2008.
- BYERS, M., *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- CAHILLANE, L. y SCHWEPPE, J., *Legal Research Methods. Principles and Practicalities*, Dublin: Clarus Press, 2016.
- CANNON, J.R., *Resolving Disputes Under NAFTA Chapter 19*, Colorado Springs, Colo.: Shepard's McGraw-Hill, 1994.
- CANO LINARES, M.A., *La actividad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en caso de amenaza a la paz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- CARNERERO CASTILLA, R., *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Madrid: Iustel, 2007.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*, 1ª ed., Madrid: Tecnos, 1994.
- CARVAJAL, L., *Metodología de la investigación. Curso general y aplicado*, Colombia: FAID, Editorial Futuro, 1992.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2008.
- _____, *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- CHINKIN, C., *Third Parties in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1993.
- CLAPHAM, A., *Brierly's Law of Nations. An Introduction to the Role of International Law in International Relations*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- CLARKE, K.M., KNOTTNERUS, A.S. y VOLDER, E. (eds.), *Africa and the ICC. Perceptions of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- COMBACAU, J., *Le pouvoir de sanction de l'ONU: étude théorique de la coercition non militaire*, Paris: Pedone, 1974.
- CONDE PÉREZ, E. (dir.) e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (coord.), *Terrorismo y Legalidad Internacional*, Madrid: Dykinson, 2012.

- CONDE PÉREZ, E., *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal*, Madrid: Congreso de los Diputados, Colección Monografías No. 72, 2007.
- CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, 4ª ed., Naples: Scientifica, 1992.
- CONFORTI, B. y FOCARELLI, C., *The Law and Practice of the United Nations*, Leiden: Brill-Nijhoff, 5ª ed. rev., 2016.
- CORTEN, O. y KLEIN, P. (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- _____ *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 9ª ed., 2019.
- CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D. y WILMSHURST, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 3ª ed., 2014.
- _____ *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 2ª ed. rev., 2011.
- DE WET, E., *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford: Hart Publishing, 2004.
- DECAUX, E. y PUÉCHAVY, M., *Le principe "ne bis in idem"*, Bruxelles: Nemesis, 2012.
- DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 18ª ed., 2017.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal Español. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 4ª ed., 2016.
- DÖRMANN, K., DOSWALD-BECK, L. y KOLB, R., *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

- EL ZEIDY, M.M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law. Origin, Development and Practice*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- FASSBENDER, B., *UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1998.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Pamplona: Aranzadi, 1996.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho Internacional*, Madrid: Dykinson, 2005.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- FOAKES, J., *The position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- FOX, H. y WEBB, P., *The Law of State Immunity*, Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 2013.
- FRANCK, T., *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford: Oxford University Press, 1995.
- FRIEZE, D.-L. y GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J., *Totalmente Extraoficial. Autobiografía de Raphael Lemkin*, Madrid: Instituto BERG, 2018.
- FUENTES, X., *Las inmunidades de jurisdicción y el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Santiago de Chile: Red Ius et Praxis, 2006.
- GARRIDO MUÑOZ, A., *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. De la técnica jurídica a los valores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- GAZZINI, T., *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, New York, NY: Juris Publishing, 2005.

- GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Madrid: Tecnos, 1999.
- GIL GIL, A. y MACULAN, E. (dirs.), *Derecho Penal Internacional*, Madrid: Dykinson, 2ª ed., 2019.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Thomson Civitas, 4ª ed. rev., 2008.
- _____*Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Thomson Civitas, 3ª ed. rev., 2003.
- _____*Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1990.
- GROVER, L., *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- GUGGENHEIM, P., *Traité de droit international public*, Tome I, Genève: Librairie de l'Université, Georg & Cie., 1967.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El hecho ilícito internacional*, Madrid: Dykinson, 2005.
- HOSSEIN, M.K., OETER, S. y AZMAYESH, A., *Immunity of Heads of State and its Effects on the Context of International Criminal Law*, Saarbrücken: Lambert Academic Publishing, 2012.
- HUIKURI, S., *The Institutionalization of the International Criminal Court*, Cham: Palgrave Macmillan, 2019.
- IMOEDEMHE, O.C., *The Complementarity Regime of the International Criminal Court. National Implementation in Africa*, Berlin: Springer, 2017.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Los comportamientos recíprocos en Derecho Internacional. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Madrid: Dilex, 2002.
- JENNINGS, R. y WATTS, A. (eds.), *Oppenheim's International Law, Volume I: Peace*, London: Harlow Longman, 9ª ed., 1992.
- KADHUM, F.M.J., *La dénonciation unilatérale des traités internationaux*, Thèse, Montpellier I, 1978.

- KALECK, W., RATNER, M., SINGELNSTEIN, T. y WEISS, P. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Berlin: Springer, 2007.
- KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, London: Stevens & Sons, 1951.
- KLEFFNER, J.K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- KOLB, R., *Peremptory International Law – Jus Cogens. A General Inventory*, Oxford: Hart Publishing, 2015.
- _____, *Introduction au droit des Nations Unies*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2008.
- KOPELMANAS, L., *L'Organisation des Nations Unies*, Paris: Sirey, 1947.
- KRESS, C. y BARRIGA, S. (eds.), *The Crime of Aggression. A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- LARDY, P., *La force obligatoire du droit international en droit interne*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966.
- LEMKIN, R., *Genocidio. Escritos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Civitas Nueva Época, 2015.
- LENTNER, G.M., *The UN Security Council and the International Criminal Court. The Referral Mechanism in Theory and Practice*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.
- LIÑÁN LAFUENTE, A., *El crimen contra la humanidad*, Madrid: Dykinson, 2015.
- LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel, 2001.
- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M.E., *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La legalidad de sus decisiones y el problema de su control*, Madrid: Civitas, 2003.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G. (ed.), CARNERERO CASTILLA, R., CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., IGLESIAS BERLANGA, M. y PEREA UNCETA, J.A., *Derecho Internacional Público*, Madrid: Dilex, 5ª ed., 2019.

- _____. *Derecho Internacional Público*, Madrid: Dilex, 4ª ed., 2016.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid, 2002.
- _____. *El territorio estatal en discusión: la prueba del título*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 1999.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G. y PEREA UNCETA, J.A., *Creación de Estados, Secesión y Reconocimiento*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- LOWENFELD, A.F., *The Role of Government in International Trade. Essays over Three Decades*, London: Cameron May, 2000.
- MAQUEDA ABREU, M.L. y LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- MÁRQUEZ CARRASCO, C., *El Proceso de Codificación y Desarrollo Progresivo de los Crímenes Contra la Humanidad*, Sevilla: Servicio de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 2008.
- MARGARITI, S., *Defining International Terrorism. Between State Sovereignty and Cosmopolitanism*, Berlin: Springer, The Hague: Asser Press, 2017.
- MARTENCZUK, B., *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats. Die Überprüfung nichtmilitärischer Zwangsmaßnahmen durch den Internationalen Gerichtshof*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- MCNAIR, A., *The Law of Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 1986, 800 pp.
- _____. *The Law of Treaties*, Oxford: Clarendon Press, 1961.
- METTRAUX, G., *International Crimes: Law and Practice, Volume I: Genocide*, Oxford: Oxford University Press, 2019.
- _____. *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Reppertor, 8ª ed., 2006.
- MOORE, J.B. y U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Report on Extraterritorial Crime and the Cutting Case*, Washington, D.C.: Government Printing Office, 1887.
- MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid: Dykinson, 2ª ed., 2010.
- NYAWO, J., *Selective Enforcement and International Criminal Law. The International Criminal Court and Africa*, Cambridge: Intersentia, 2017.
- O'KEEFE, R., *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- OLÁSOLO ALONSO, H., *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Delitos Transnacionales: Dilemas Políticos y Normativos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- _____ *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya, 2011.
- _____ *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- ORENTLICHER, D., *Some Kind of Justice. The ICTY's Impact in Bosnia and Serbia*, New York, NY: Oxford University Press, 2018.
- ORIHUELA CALATAYUD, E., *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Navarra: Aranzadi, 2016.
- ÖSTERDAHL, I., *Threat to the Peace. The Interpretation by the Security Council of Article 39 of the UN Charter*, Uppsala: Iustus Forlag, 1998.
- PASSAS, N., *International Crimes*, Abingdon, Oxon: New York, NY: Routledge, 2016.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 22ª ed., 2018.
- _____ *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 20ª ed., 2016.

- PEDRETTI, R., *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Leiden, Boston: Brill-Nijhoff, 2015.
- PIKIS, G.M., *The Rome Statute for the International Criminal Court. Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- PRÉVOST, J.F., *Les effets des traités conclus entre États à l'égard des États tiers*, Thèse, Paris II, 1973.
- PUENTE EGIDO, J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Vol. II, Madrid: Edición del Autor, 1999.
- QUADRI, R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli: Liguori, 5ª ed., 1968.
- QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- REGUEIRO DUBRA, R., *La legítima defensa en Derecho Internacional*, Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2012.
- REMIRO BROTONS, A., Díez HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., PRAT DURBÁN, L.P. y RIQUELME CORTADO, R., *Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid: Biblioteca Nueva, 1999.
- _____, *Derecho Internacional Público. 1. Principios Fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1987.
- _____, *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Madrid: Tecnos, 1987.
- ROBERTI DI SARSINA, J., SCHABAS, W. y BARBERA, A., *Transitional Justice and a State's Response to Mass Atrocity. Reassessing the Obligations to Investigate and Prosecute*, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019.
- ROHR, A., *La responsabilidad internacional del Estado por violación al Jus Cogens*, Buenos Aires: SGN Editora, 2015.

- ROUSSEAU, Ch., *Principes généraux de droit international public*, Paris: Pedone, 1944.
- ROXBURGH, R., *International Conventions and Third States*, London: Longmans, 1917.
- ROZAKIS, C., *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, New York, Oxford: North Holland Publishing, 1976.
- RYNGAERT, C., *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2^a ed., 2015.
- _____ *Jurisdiction in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- SALMON, J., *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruxelles: Bruylant, 2001.
- SALMÓN, E. y BAZAY, L., *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los Estados y lucha contra la impunidad*, Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Derecho Internacional y Crisis Internacionales*, Madrid: Iustel, 2005.
- SAROOSHI, D., *The United Nations and the Development of Collective Security. The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- _____ *The United Nations and the Development of Collective Security. The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford: Clarendon Press, 1999.
- SCHABAS, W.A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 5^a ed., 2017.
- _____ *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford: Oxford University Press, 2^a ed., 2016.
- _____ *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- _____ *Genocide in International Law. The Crimes of Crimes*, Cambridge: Cambridge University Press, 2^a ed., 2009.

- _____. *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- SCHERMERS, H.G. y BLOKKER, N.M., *International Institutional Law*, Leiden: Brill-Nijhoff, 6^a ed. rev., 2018.
- SCHWEIGMAN, D., *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter. Legal limits and the role of the International Court of Justice*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2001.
- SHELTON, D., *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2000.
- SIMMA, B., KHAN, D.-E., NOLTE, G., PAULUS, A. (eds.) y WESSENDORF, N. (ass. ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 3^a ed., 2012.
- _____. *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 3^a ed., 2012.
- _____. *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2^a ed., 2010.
- SINGH, R., *Legal Research Methodology*, New York: LexisNexis, 2^a ed., 2016.
- SMETS, P.-F., *Les effets des traités internationaux à l'égard des tiers*, Paris: Université de Paris, Institut des Hautes Etudes Internationales, 1965-1966.
- SMEULERS, A., WEERDESTEIJN, M. y HOLÁ, B. (eds.), *Perpetrators of International Crimes. Theories, Methods, and Evidence*, Oxford: Oxford University Press, 2019.
- SMEULERS, A. y GRÜNFELD, F., *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations. A Multi and Interdisciplinary Textbook*, International and Comparative Criminal Law Series, No. 32, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- STERIO, M. y SCHARF, M.P. (eds.), *The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law. Assessing the ICTY's and the ICTR's Most Significant Legal Accomplishments*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

- STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *Justicia de Transición, Justicia Penal Internacional y Justicia Universal*, Barcelona: Editorial Atelier, 2010.
- TORRES CAZORLA, M.I., *Los actos unilaterales de los Estados. Un análisis a la luz de la práctica estatal y de la labor de la Comisión de Derecho Internacional*, Madrid: Tecnos, 2010.
- VAGIAS, M., *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- VERHOEVEN, J., *Droit international public*, Bruxelles: Éditions Larcier, 2000.
- VILLAGRÁN KRAMER, F., *Derecho de los Tratados*, Guatemala: Ferg Editores, 2ª ed., 2003.
- VILLIGER, M.E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- VIRALLY, M., *L'Organisation mondiale*, Paris: A. Colin, 1972.
- WEIL, P., *Vers une normativité relative de droit international?*, Paris: Pedone, 1982.
- WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., 2011.
- _____, *Völkerstrafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2003.
- WERLE, G. y JESSBERGER, F., *Principles of International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 2014.
- WHEELER, C.H., *The Right to Be Present at Trial in International Criminal Law*, International Criminal Law Series, Volume 13, Leiden: Brill-Nijhoff, 2019.

2. CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

ABELLÁN HONRUBIA, V., “La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Fundamento jurídico y discrecionalidad política”, en PÉREZ GONZÁLEZ, M. (coord.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid: Tecnos, 1993, pp. 3-18.

AKANDE, D., “The Application of International Law Immunities in Prosecutions for International Crimes”, en HARRINGTON, J., MILDE, M. y VERNON, R. (eds.), *Bringing Power to Justice?: The Prospects of the International Criminal Court*, Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2006, pp. 47-98.

ALLOTT, Ph., “The International Community And Its Constitution”, en FASSBENDER, B. (ed.), *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2009, pp. 52-76.

ÁLVAREZ, J.E., “The Security Council’s War on Terrorism: Problems and Policy Options”, en NOLLKAEMPER, A. y DE WET, E. (eds.), *Review of the Security Council by Members States*, Antwerp, Oxford, New York: Intersentia, 2003, pp. 119-146.

AMBOS, K., “Prosecuting International Crimes at the National and International Level: Between Justice and Realpolitik”, en KALECK, W., RATNER, M., SINGELNSTEIN, T. y WEISS, P. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Berlin: Springer, 2007, pp. 55-68.

BARBERIS, J.A., “Los actos jurídicos unilaterales como fuente del Derecho Internacional Público”, en PÉREZ GONZÁLEZ, M. (coord.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid: Tecnos, 1993, pp. 101-116.

BERGSMO, M. y PEJIC, J., “Article 16: Deferral of investigation or prosecution”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers’ Notes, Article by Article*,

München/Oxford/Baden-Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2ª ed., 2008, pp. 595-604.

BERMAN, F., "The Relationship Between the International Criminal Court and the Security Council", en HEBEL, H.A.M. VON, LAMMERS, J.G. y SCHUKKING, J. (eds.), *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 1999, pp. 173-180.

BERNHARDT, R., "Article 103", en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2010, pp. 1292-1302.

_____, "Article 103", en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 1122-1123.

BLAKESLEY, Ch.L., "Jurisdiction, Definition of Crimes, and Triggering Mechanisms", en BASSIOUNI, M.C., *The International Criminal Court: Observations and Issues Before the 1997-98 Preparatory Committee; and Administrative and Financial Implications*, Toulouse, Chicago: Érés, DePaul University, International Human Rights Institute, 1997, pp. 177-230.

BOLLO AROCENA, M.D., "Legitimación para formular la declaración unilateral de aceptación de la competencia de la CPI (artículo 12.3 ECPI) y alcance de la misma", en ORIHUELA CALATAYUD, E. (coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Navarra: Aranzadi, 2016, pp. 227-264.

BOS, M., "The Hierarchy Among the Recognized Manifestations ("Sources") of International Law", en AGO, R. et al. (ed.), *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid: Tecnos, 1979, pp. 363-374.

BOTHE, M., "Les limites des pouvoirs du Conseil de sécurité", en DUPUY, R.J. (ed.), *The Development of the Role of the Security Council, Colloque/Workshop Series of The Hague Academy of International Law 1992*, Vol. 13, 1993, pp. 67-82.

- BOU FRANCH, V.E., "La regulación del genocidio en el Derecho Internacional y en el Derecho español", en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *Conflictos armados: de la vulneración de los Derechos Humanos a las Sanciones del Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 21-60.
- _____ "El crimen de genocidio", en TORRES BERNÁRDEZ, S. (coord.), *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXI. Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid: Iprolex, 2013, pp. 667-686.
- _____ "Los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Derecho español", en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 293-340.
- BOURGON, S., "Jurisdiction *ratione temporis*", en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 543-558.
- BUENO ARÚS, F., "Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998", en QUEL LÓPEZ, J. (ed.), *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, No. 4, Madrid: AEPDIRI, BOE, 2000, pp. 117-132.
- CARDONA LLORENS, J., "La Corte Penal Internacional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", en CARDONA LLORENS, J., GÓMEZ COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 61-103.
- CARNERERO CASTILLA, R., "Inmunidades estatales y violación de normas de *ius cogens*. La posición de la Corte Internacional de Justicia", en TORRES BERNÁRDEZ, S. (coord.), *El Derecho Internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXI. Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid: Iprolex, 2013, pp. 477-488.

CERVELL HORTAL, M.J., "Los Estados ante el genocidio: prevención, crimen y castigo", en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *Conflictos armados: de la vulneración de los Derechos Humanos a las Sanciones del Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 89-119.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "La responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", en LÓPEZ MARTÍN, A.G. (ed.), *Derecho Internacional Público*, Madrid: Dilex, 2016, pp. 191-238.

_____ "Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado: Encuentros y desencuentros en torno a la figura de los 'crímenes de derecho internacional'", en GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J. (dir.), *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pp. 551-582.

CHUNG, Ch., "The International Criminal Court 20 Years After Rome - Achievements and Deficits", en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 9-22.

CLARK, R.S., "Article 127. Withdrawal", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 2322-2324.

_____ "The ICC Statute: Protecting the Sovereign Rights of Non-Parties", en SHELTON, D. (ed.), *International Crimes, Peace and Human Rights: The Role of the ICC*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2000, pp. 207-215.

CONDORELLI, L. y VILLALPANDO, S., "Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction?", en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 571-582.

_____ "Referral and Deferral by the Security Council", en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International*

Criminal Court. A Commentary, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 627-655.

CONFORTI, B., "Consistency Among Treaty Obligations", en CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 187-191.

_____ "Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité en matière de constatation d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression", en DUPUY, R.J. (ed.), *The Development of the Role of the Security Council, Colloque/Workshop Series of The Hague Academy of International Law* 1992, Vol. 13, 1993, pp. 51-60.

CORRAO, M.E., "Jurisdiction of the International Criminal Court and State Consent", en LATTANZI, F. (ed.), *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, Naples: Editoriale Scientifica, 1998, pp. 79-93.

CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D. y WILMSHURST, E., "Substantive Law of International Crimes", en *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 3^a ed., 2014, pp. 203-352.

DANILENKO, G.M., "ICC Statute and Third States", en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. II, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 1871-1897.

DAQUN, L., "Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?", en BERGSMO, M. y LING, Y. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing: Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012, pp. 55-74.

DAVID, E., "Article 34", en CORTEN, O. y KLEIN, P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 887-896.

- DE WET, E., "Concurrent Jurisdiction of the International Criminal Court and the African Criminal Chamber in the Case of Concurrent Referrals", en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 180-197.
- DEAK, F., "Órganos del Estado en sus relaciones exteriores: inmunidades y privilegios del Estado y de sus órganos", en SORENSEN, M., *Manual de Derecho Internacional Público*, México, D.F.: Grupo Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 413-432.
- DENZA, E., "The Relationship between International and National Law", en EVANS, M. (ed.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 4^a ed., 2014, pp. 412-440.
- DOMINICÉ, Ch., "Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, pp. 305-348.
- DU PLESSIS, M., "The Omar Al-Bashir Case: Exploring Efforts to Resolve the Tension between the African Union and the International Criminal Court", en MALUWA, T., DU PLESSIS, M. y TLADI, D. (eds.), *The Pursuit of a Brave New World in International Law*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2017, pp. 431-467.
- _____ "Exploring Efforts to Resolve the Tension Between the AU and the ICC over the Bashir Saga", en ANKUMAH, E.A. (ed.), *The International Criminal Court and Africa. One Decade On*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016, pp. 245-274.
- DU PLESSIS, A. y MAUNGANIDZE, O.A., "The ICC and the AU", en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 65-83.
- DUPUY, P.-M., "Ultimes remarques sur la «constitutionalité» de la Charte des Nations Unies", en CHEMAIN, R. y PELLET, A. (dirs.), *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale?*, Paris: Pedone, 2006, pp. 219-232.

- _____ “International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State”, en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 1085-1099.
- EBOE-OSUJI, C., “Administering International Criminal Justice through the African Court. Opportunities and Challenges in International Law”, en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 838-849.
- EL ZEIDY, M.M., “Ah Hoc Declarations of Acceptance of Jurisdiction. The Palestinian Situation under Scrutiny”, en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 179-209.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en AA.VV., *Hacia una justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio: 9 a 11 de junio de 1999*, Madrid: Ministerio de Justicia, 2000, pp. 499-526.
- _____ “La Corte Penal Internacional: rasgos básicos”, en GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 227-236.
- _____ “Las relaciones de la Corte Penal Internacional con las Naciones Unidas”, en QUEL LÓPEZ, J. (ed.), *Creación de una Jurisdicción Penal Internacional*, Colección Escuela Diplomática, No. 4, Madrid: AEPDIRI, BOE, 2000, pp. 31-44.
- _____ “La Corte Penal Internacional”, en DÍEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 11ª ed., 1999, pp. 429-437.
- ESER, A., “Article 31. Grounds for excluding criminal responsibility”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International*

Criminal Court. A Commentary, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3^a ed., 2016, pp. 1125-1160 [2^a ed., 2008, pp. 863-893].

FERENCZ, B.B. y FERENCZ, D.M., “Criminalising the illegal use of force”, en SCHABAS, W.A. (ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 230-252.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., “El poder y el Derecho en las Naciones Unidas: la discrecionalidad del Consejo de Seguridad”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y QUEL LÓPEZ, F.J. (coords.), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona: Ariel, 1997, pp. 40-68.

FORD, S., “Between Hope and Doubt: The Malabo Protocol and the Resource Requirements of an African Criminal Court”, en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 1076-1100.

FRAU, R., “The International Criminal Court and the Security Council – The International Criminal Court as a Political Tool?”, en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 111-130.

FROWEIN, J.A. y KRISCH, N., “Article 40”, en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2^a ed., 2010, pp. 729-735.

_____ “Article 41”, en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2^a ed., 2010, pp. 735-749.

_____ “Article 42”, en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2^a ed., 2010, pp. 749-760.

- GAETA, P., "Official Capacity and Immunities", en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 975-1002.
- GARGIULO, P., "The Controversial Relationship Between the International Criminal Court and the Security Council", en LATTANZI, F. y SCHABAS, W.A. (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Ripa di Fagnano Alto: Il Sirente, Volume I, 1999, pp. 67-104.
- GOWLLAND-DEBBAS, V., "The Relationship Between Political and Judicial Organs of International Organisations: The Role of the Security Council in the New International Criminal Court", en BOISSON DE CHAZOURNES, L., ROMANO, C. y MACKENZIE, R. (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement. Trends and Prospects*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2002, pp. 195-218.
- _____ "The Role of the Security Council in the New International Criminal Court from a Systemic Perspective", en ABI-SAAB, G., BOISSON DE CHAZOURNES, L. y GOWLLAND-DEBBAS, V. (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 629-650.
- HAACKE, J., "Myanmar", en BELLAMY, A.J. y DUNNE, T. (eds.), *The Oxford Handbook of the Responsibility to Protect*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 801-824.
- HAFHNER, G., "Article 120. Reservations", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 2283-2297 [2ª ed., 2008, pp. 1737-1750].
- _____ "The Status of Third States before the International Criminal Court", en POLITI, M. y NESI, G. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Challenge to Impunity*, Aldershot: Ashgate Publishing, 2001, pp. 239-254.

- HALL, C.K., NTANDA NSEREKO, D.D. y VENTURA, M.J., "Article 19. Challenges to the jurisdiction of the Court or the admissibility of a case", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 849-898.
- HALL, S., "Researching International Law", en MCCONVILLE, M. y HONG CHUI, W. (eds.), *Research Methods for Law*, Edinburg: Edinburg University Press, 2ª ed., 2017, pp. 181-206.
- HERRERA CARBUCCIA, O., "La Protección de los Derechos Humanos en la Corte Penal Internacional", en PRONER, C., OLASOLO, H., VILLÁN DURÁN, C., RICOBOM, G. y BACK, C. (coords.), *70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 541-546.
- HOLMES, J.T., "Complementarity: National Courts versus the ICC", en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 667-673.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., "La inmunidad del Jefe de Estado", en GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 163-184.
- JACOBS, D., "The Frog that Wanted to Be an Ox: The ICC's Approach to Immunities and Cooperation", en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 281-302.
- KARL, W., MÜTZELBURG, B. y WITSCHER, G., "Article 108", en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2002, pp. 1341-1363.
- KAUL, H.-P., "La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia y su alcance", en AMBOS, K. y GUERRERO, O.J., *El Estatuto de Roma de la Corte*

Penal Internacional, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 213-231.

KEMP, G., "Immunity of High-Ranking Officials Before the International Criminal Court – Between International Law and Political Reality", en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 61-82.

KHAN, A., "Ten Years of International Criminal Court Practice – Trials, Achievements and Tribulations: Is the ICC Today what Africa Expects or Wants?", en ANKUMAH, E.A. (ed.), *The International Criminal Court and Africa. One Decade On*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016, pp. 433-440.

KOOIJMANS, P.H., "Provisional Measures of the UN Security Council", en DENTERS, E. y SCHRIJVER, N.J. (eds.), *Reflections on International Law from the Low Countries. In Honour of Paul de Waart*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 289-300.

_____ "The Enlargement of the Concept 'Threat To The Peace'", en DUPUY, R.J. (ed.), *The Development of the Role of the Security Council, Colloque/Workshop Series of The Hague Academy of International Law 1992*, Vol. 13, 1993, pp. 111-121.

KRESS, C., "On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression", en ŠTURMA, P. (ed.), *The Rome Statute of the ICC at Its Twentieth Anniversary. Achievements and Perspectives*, Queen Mary Studies in International Law, Volume 33, Leiden: Brill-Nijhoff, 2019, pp. 45-64.

_____ "The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute", en BERGSMO, M. y LING, Y. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing: Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012, pp. 223-265.

KRESS, C. y PROST, K., "Article 98. Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K.

- (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 2117-2146.
- KRISCH, N., "Article 39", en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 2012, pp. 1272-1296.
- _____ "Article 40", en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 2012, pp. 1297-1304.
- _____ "Article 41", en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 2012, pp. 1305-1329.
- _____ "Article 42", en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume II, Oxford: Oxford University Press, 3ª ed., 2012, pp. 1330-1350.
- _____ "The Rise and Fall of Collective Security: Terrorism, US Hegemony, and the Plight of the Security Council", en WALTER, C., VÖNEKY, S., ROEBEN, V. y SCHORKOPF, F. (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlin: Springer, 2004, pp. 879-908.
- LAMARCA PÉREZ, C., "Terrorismo, seguridad internacional y Derechos Humanos", en OLLÉ SESÉ, M. (coord.), *Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional*, Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2008, pp. 30-33.
- LAMB, S., "Legal Limits to United Nations Security Council Powers", en GOODWIN-GILL, G.S. y TALMON, S. (eds.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford: Clarendon Press, 1999, pp. 361-388.
- LEE, R.S., "The Rome Conference and Its Contributions to International Law", en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome*

Statute, Issues, Negotiations, Results, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 1-39.

LHOTSKY, J., "The International Criminal Court and Syria: the Absence of Jurisdiction and the Pressing Need for International Criminal Justice", en ŠTURMA, P. (ed.), *The Rome Statute of the ICC at Its Twentieth Anniversary. Achievements and Perspectives*, Queen Mary Studies in International Law, Volume 33, Leiden: Brill-Nijhoff, 2019, pp. 148-162.

LÓPEZ MARTÍN, A.G., "Las competencias del Estado sobre el territorio y el espacio aéreo", en LÓPEZ MARTÍN, A.G. (ed.), *Derecho Internacional Público*, Madrid: Dilex, 4ª ed., 2016, pp. 289-318.

LULU, Z., "Brief Analysis of a Few Controversial Issues in Contemporary International Criminal Law", en BERGSMO, M. y LING, Y. (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Beijing: Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012, pp. 21-53.

MACDONALD, R.St.J., "The UN Charter as a Constitution", en FASSBENDER, B. (ed.), *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2009, pp. 77-115.

_____, "Reflections on the Charter of the United Nations", en JEKEWITZ, J. et al. (eds.), *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung: Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989, pp. 29-45.

MACULAN, E., "La Corte Penal Internacional", en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (dirs.), *Derecho Penal Internacional*, Madrid: Dykinson, 2ª ed., 2019, pp. 83-113 [2016, pp. 79-103].

MANIRAKIZA, P., "Complementarity between the International Criminal Law Section and Human Rights Mechanisms in Africa", en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 989-1020.

- MÁRQUEZ CARRASCO, M.C., “Alcance de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: Jurisdicción universal o anexos jurisdiccionales aplicables”, en CARRILLO SALCEDO, J.A. (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 357-382.
- MAURIZIO, A., “L’articolo 40 della Carta delle Nazioni Unite e le misure provvisorie del Consiglio di Sicurezza”, en *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2004, Vol. 3, pp. 1467-1526.
- MONACO, R., “Le caractère constitutionnel des actes institutifs d’organisations internationales”, en ROUSSEAU, Ch.E., *La Communauté internationale: mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris: A. Pedone, 1974, pp. 153-172.
- MONAGENG, S.M., “Africa and the International Criminal Court: Then and Now”, en WERLE, G., FERNÁNDEZ, L. y VORMBAUM, M. (eds.), *Africa and the International Criminal Court*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2014, pp. 13-20.
- MORRIS, M., “Crímenes graves y errores conceptuales: la Corte Penal Internacional y los Estados no Partes”, en CHEHTMAN, A. (comp.), *Problemas estructurales de Derecho penal internacional*, Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 101-166.
- MUSILA, G., “A Promise Too Dear?: The Right to Reparations for Victims of International Crimes Under the Malabo Protocol of the African Criminal Court”, en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 947-962.
- NERONI SLADE, T. y CLARK, R.S., “Preamble and Final Clauses”, en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 421-450.

- NESI, G., "The Obligation to Cooperate with the International Criminal Court and States not Party to the Statute", en POLITI, M. y NESI, G. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Challenge to Impunity*, Aldershot: Ashgate Publishing, 2001, pp. 221-224.
- NOLTE, G., "Article 2", en SIMMA, B. et al. (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2ª ed., 2010, pp. 148-172.
- NTANDA NSEREKO, D.D., "Article 18. Preliminary rulings regarding admissibility", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 832-848.
- NTANDA NSEREKO, D.D. y VENTURA, M.J., "Perspectives on the International Criminal Jurisdiction of the African Court of Justice and Human Rights Pursuant to the Malabo Protocol (2014)", en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 257-284.
- OLÁSOLO ALONSO, H., "El Principio de Complementariedad y las Estrategias de Actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su Examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?", en BOEGLIN, N., HOFFMANN, J. y SÁINZ-BORG, J.C. (eds.), *La Corte Penal Internacional: Una perspectiva latinoamericana*, Madrid: Instituto BERG, 2014, pp. 153-208.
- OZAKI, K., "Criminal law protection and accountability of participants in peacekeeping operations", en MANACORDA, S. y NIETO, A. (dirs.), MAROTO, M. y SCHEUNEMANN, D. (coords.), *Criminal Law between War and Peace. Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions/El Derecho penal entre la guerra y la paz. Justicia y Cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, pp. 85-94.

- PALMISANO, G., "The ICC and Third States. Problems of jurisdiction and admissibility", en LATTANZI, F. y SCHABAS, W.A. (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. I, Ripa Fagnano Alto: Il Sirente, 1999, pp. 392-402.
- PELLET, A., "Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de Sécurité?", en Société française pour le droit international, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes, 50^{ème} anniversaire des Nations Unies*, Paris: Pedone, 1995, pp. 221-238.
- PETER, C.M., "Fighting Impunity: African States and the International Criminal Court", en ANKUMAH, E.A. (ed.), *The International Criminal Court and Africa. One Decade On*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2016, pp. 1-62.
- RASTAN, R., "Jurisdiction", en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 141-178.
- REMIRO BROTONS, A., "A vueltas con el crimen de agresión", en ORIHUELA CALATAYUD, E. (coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Navarra: Aranzadi, 2016, pp. 53-74.
- RIQUELME ORTIZ, C., "Los Crímenes Internacionales y los Mecanismos de Sanción en América Latina", en BOEGLIN, N., HOFFMANN, J. y SÁINZ-BORGO, J.C. (eds.), *La Corte Penal Internacional: Una perspectiva latinoamericana*, Madrid: Instituto BERG, 2014, pp. 209-250.
- ROBINSON, D., "Immunities", en CRYER, R. et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge: Cambridge University Press, 3^a ed., 2014, pp. 540-565.
- _____ "The Context of Crimes Against Humanity", en LEE, R.S. et al., *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2001, pp. 61-80.
- RONEN, Y., "The International Criminal Court and Nationals of Non-Party States", en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International*

- Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 83-110.
- RUIZ VERDUZCO, D., "The Relationship between the ICC and the United Nations Security Council", en STAHN, C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 30-64.
- SADAT, L., "The International Criminal Court", en SCHABAS, W.A. (ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 137-154.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., "El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)", en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y Cooperación Jurídica Internacional*, No. 11, 1994, pp. 91-223.
- SALAND, P., "International Criminal Law Principles", en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 189-216.
- SALERNO, F., "Treaties Establishing Objective Regimes", en ARSANJANI, M.H. y CANNIZZARO, E., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 225-243.
- SALMON, J., "Article 26", en CORTEN, O. y KLEIN, P., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, Volume I, 2011, pp. 659-685.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., "La invasión de Kuwait por Irak y la acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1991, pp. 15-60.
- SANGER, A. y WOOD, S., "The Immunities of Members of Special Missions", en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of*

Immunities and International Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 452-480.

SARI, A., "The Immunities of Visiting Forces", en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 559-576.

SCALIA, D., "La Palestine et la Cour pénale internationale", en FERNÁNDEZ, J. (dir.), *Justice pénale internationale*, Paris: CNRS Éditions, 2016, pp. 379-398.

SCHABAS, W.A., "Atrocity crimes (genocide, crimes against humanity and war crimes)", en SCHABAS, W.A. (ed.), *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 199-229.

SCHABAS, W.A. y EL ZEIDY, M.M., "Article 17. Issues of Admissibility", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3ª ed., Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 781-831.

SCHABAS, W.A. y PECORELLA, G., "Article 13", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 690-702.

_____ "Article 12. Preconditions to the exercise of jurisdiction", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 672-689.

SCHÜLLER, A., "Can the International Criminal Court prosecute military personnel of United Nations peace support operations?", en MANACORDA, S. y NIETO, A. (dirs.), MAROTO, M. y SCHEUNEMANN, D. (coords.), *Criminal Law between War and Peace. Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions/El Derecho penal entre la guerra y la paz. Justicia y Cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, pp. 163-182.

- SOREL, J.-M., "L'élargissement de la notion de menace contre la paix", en Société française pour le droit international, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes, 50^{ème} anniversaire des Nations Unies*, Paris: Pedone, 1995, pp. 4-57.
- STERN, B., "Immunities for Heads of State: Where Do We Stand?", en LATTIMER, M. y SANDS, P., *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. 73-106.
- ŠTURMA, P., "The Rome Statute of the ICC and the Recent Works of the International Law Commission", en ŠTURMA, P. (ed.), *The Rome Statute of the ICC at Its Twentieth Anniversary. Achievements and Perspectives*, Queen Mary Studies in International Law, Volume 33, Leiden: Brill-Nijhoff, 2019, pp. 27-41.
- SUY, E., "The Constitutional Character of Constituent Treaties of International Organizations and the Hierarchy of Norms", en BEYERLIN, U., BOTHE, M., HOFMANN, R. y PETERSMANN, E.-U. (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin: Springer, 1995, pp. 267-277.
- TESSEMA, M.T., "African Regional Developments – Challenge or Chance for the International Criminal Court? Three Courts in One: The African Criminal Court", en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 43-59.
- THOUVENIN, J.M., "L'article 103", en COT, J.-P., PELLET, A. y FORTEAU, M. (dirs.), *La Charte des Nations Unies: commentaire article par article*, Volume II, Paris: Économica, 3^a ed., 2005, pp. 2133-2147.
- TLADI, D., "Article 46A Bis: Beyond the Rhetoric", en JALLOH, C.C., CLARKE, K.M. y NMEHIELLE, V.O. (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context. Development and Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 850-865.

- _____. “Immunities (Article 46Abis)”, en WERLE, G. y VORMBAUM, M. (eds.), *African Criminal Court. A Commentary on the Malabo Protocol*, International Criminal Justice Series, Vol. 10, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2017, pp. 203-217.
- TOURIÑO, M., “La Corte Penal Internacional y los desafíos que la asechan. Un estudio crítico de su actuación a diez años de su puesta en funcionamiento”, en BOEGLIN, N., HOFFMANN, J. y SÁINZ-BORGO, J.C. (eds.), *La Corte Penal Internacional: Una perspectiva latinoamericana*, Madrid: Instituto BERG, 2014, pp. 363-389.
- TRIFFTERER, O., “‘Irrelevance of Official Capacity’ - Article 27 Rome Statute Undermined by Obligations under International Law or by Agreement (Article 98)?”, en BUFFARD, I., CRAWFORD, J., PELLET, A. y WITTICH, S. (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2009, pp. 571-602.
- TRIFFTERER, O. y BURCHARD, C., “Article 27. Irrelevance of official capacity”, en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Baden-Baden: C.H. BECK, Hart, Nomos, 3ª ed., 2016, pp. 1037-1055.
- UBÉDA-SAILLARD, M., “Foreign Officials Entitled to (Absolute) Personal Immunity during Their Time in Office”, en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 481-495.
- URBANOVÁ, K., “The Principle of Complementarity in Practice”, en ŠTURMA, P. (ed.), *The Rome Statute of the ICC at Its Twentieth Anniversary. Achievements and Perspectives*, Queen Mary Studies in International Law, Volume 33, Leiden: Brill-Nijhoff, 2019, pp. 163-176.
- VALLES CAVIA, J.A., “¿Nueva Sociedad. Nuevos Terrorismos?: A propósito de algunas cuestiones sin resolver en torno al terrorismo internacional”, en VALLES CAVIA, J.A. (ed.), *Los conflictos armados contemporáneos*.

Construcción de la paz y derechos humanos, Madrid: Catarata, 2013, pp. 277-300.

VAN ALEBEEK, R., "Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts", en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 496-524.

VAN DER WILT, H., "Immunities and the International Criminal Court", en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 595-613.

VARGAS SILVA, C.I., "La obligación de los Estados de aplicar y hacer aplicar el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en YÁÑEZ BARNUEVO, J.A. (coord.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Madrid: Casa de América, 2001, pp. 69-77.

VON HEBEL, H. y ROBINSON, D., "Crimes within the Jurisdiction of the Court", en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 79-126.

WILLIAMS, S.A. y SCHABAS, W.A., "Article 17. Issues of Admissibility", en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, München/Oxford/Baden-Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2ª ed., 2008, pp. 605-625.

WILMSHURST, E., "The International Criminal Court: The Role of the Security Council", en POLITI, M. y NESI, G. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Challenge to Impunity*, Aldershot: Ashgate Publishing, 2001, pp. 39-42.

_____, "Jurisdiction of the Court", en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 127-141.

- WOLFRUM, R., "Article 1", en SIMMA, B. *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Volume I, Oxford: Oxford University Press, 2^a ed., 2010, pp. 39-47.
- WOOD, M., "The Law of Treaties and the UN Security Council: Some Reflections", en CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 244-255.
- WOOLAVER, H., "Withdrawal from the International Criminal Court: International and Domestic Implications", en WERLE, G. y ZIMMERMANN, A. (eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, Vol. 23, The Hague: T.M.C. Asser Press, Berlin: Springer, 2019, pp. 23-42.
- WYATT, E., "Article 20", en KOLB, R. (dir.), *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*, Bruxelles: Bruylant, 2014, pp. 787-810.
- YASSEEN, M.K., "Réflexions sur la détermination du «jus cogens»", en Société française pour le droit international, *L'élaboration du droit international public*, Paris: Pedone, 1975, pp. 204-210.
- YEE, L., "The International Criminal Court and The Security Council: Articles 13(b) and 16", en LEE, R.S. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, pp. 143-152.
- ZUPPI, A.L., "Un estudio comparado de las inmunidades de los jefes de Estado en las Constituciones de América Latina frente a la Corte Penal Internacional", en FERRER MAC-GREGOR, E.F. y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A.Z. (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como Investigador del Derecho*, Tomo IX. Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, México, D.F.: Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Marcial Pons, 2008, pp. 925-945.

3. ARTÍCULOS EN REVISTAS CIENTÍFICAS ESPECIALIZADAS

ABELLÁN HONRUBIA, V., "La responsabilité internationale de l'individu", *Recueil des Cours*, Vol. 280, 1999, pp. 135-428.

ABRISKETA URIARTE, J., "Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del Jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, No. 1, 2016, pp. 19-47.

ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., "Normas de *ius cogens*, efecto *erga omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 11, 1995, pp. 3-22.

AGO, R., "Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne", *Recueil des Cours*, Vol. 134, 1971, pp. 297-331.

AKANDE, D., "The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, No. 2, 2012, pp. 299-324.

_____ "ICC Issues Detailed Decision on Bashir's Immunity (...At long Last...) But Gets the Law Wrong", *EJIL: Talk!*, 5 December 2011.

_____ "The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 2, 2009, pp. 333-352.

_____ "International Law Immunities and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 3, 2004, pp. 407-433.

_____ "The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 3, 2003, pp. 618-650.

_____ "The International Court of Justice and the Security Council: Is there Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the

- United Nations?", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 2, 1997, pp. 309-343.
- AKANDE, D. y SHAH, S., "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2011, pp. 815-852.
- AKEHURST, M., "The Hierarchy of the Sources of International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, No. 1, 1975, pp. 273-285.
- _____, "Jurisdiction in International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 46, No. 1, 1972-1973, pp. 145-257.
- ALLAND, D., "L'interprétation du droit international public", *Recueil des Cours*, Vol. 362, 2012, pp. 41-394.
- ÁLVAREZ, J.E., "Hegemonic International Law Revisited", *American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 4, 2003, pp. 873-888.
- _____, "The UN's 'War on Terrorism'", *International Journal of Legal Information*, Vol. 31, 2003, pp. 238-250.
- _____, "Judging the Security Council", *American Journal of International Law*, Vol. 90, No. 1, 1996, pp. 1-39.
- AMBOS, K., "Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, No. 2, 2013, pp. 293-315.
- ANDERSON, K., "Readings: Civilian Intelligence Agencies and the Use of Armed Drones by Ian Henderson", *Lawfare*, 27 June 2014.
- ARNAUT, D., "When in Rome...? The International Criminal Court and Avenues for U.S. Participation", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, No. 2, 2002-2003, pp. 525-546.
- ARSANJANI, M.H., "The United Nations and International Law-Making", *Recueil des Cours*, Vol. 362, 2012, pp. 9-40.

- _____. "The Rome Statute of the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999, pp. 22-43.
- BANTEKAS, I., "Head of State Immunity in the Light of Multiple Legal Regimes and Non-Self-Contained System Theories: Theoretical Analysis of ICC Third Party Jurisdiction Against the Background of the 2003 Iraq War", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 10, No. 1, 2005, pp. 21-42.
- BARNES, R.A., "Objective Regimes Revisited", *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 9, 2000, pp. 97-145.
- BASSIOUNI, M.C., "Crimes Against Humanity: The Case for a Specialized Convention", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 9, No. 4, 2010, pp. 575-593.
- _____. "Perspectives on International Criminal Justice", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, No. 2, 2009-2010, pp. 269-323.
- _____. "Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 31, No. 3, 1994, pp. 457-494.
- BELLINGER, J.B., III, "United Nations Security Council Resolutions and the Application of International Humanitarian Law, Human Rights and Refugee Law", *International Conference*, San Remo, Italy, September 9, 2005.
- BENEDETTI, F. y WASHBURN, J.L., "Drafting the International Criminal Court Treaty: Two Years to Rome and an Afterword on the Rome Diplomatic Conference", *Global Governance*, Vol. 5, No. 1, 1999, pp. 1-37.
- BENNOUNA, M., "Le droit international entre la lettre et l'esprit. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, Vol. 383, 2016, pp. 9-231.
- BENSOUDA, F., "The Public Deserves to know the Truth about the ICC's Jurisdiction over Palestine", *International Criminal Court*, 2 September 2014.
- BENZING, M., "U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Exercise in the Law of Treaties", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 8, 2004, pp. 181-236.

- _____ "The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 7, 2003, pp. 591-632.
- BIANCHI, A., "Immunity versus Human Rights: The *Pinochet Case*", *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999, pp. 237-277.
- BINDSCHEDLER, R.L., "La délimitation des compétences des Nations Unies", *Recueil des Cours*, Vol. 108, 1963, pp. 307-424.
- BLANC ALTEMIR, A., "El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 19, 2003, pp. 101-138.
- BOLTON, J.R., "The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America's Perspective", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 167-180.
- BOS, M., "The Hierarchy among the Recognized Manifestations ("Sources") of International Law", *Netherlands International Law Review*, Vol. 25, No. 3, 1978, pp. 334-344.
- BOSCHIERO, N., "The ICC Judicial Finding on Non-Cooperation Against the DRC and No Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, No. 3, 2015, pp. 625-653.
- BOU FRANCH, V.E., "El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los «matrimonios forzados»", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 31, 2015, pp. 65-114.
- _____ "Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 24, 2012, pp. 1-46.
- _____ "Consentimiento estatal y ausencia de formalismo en la creación de derechos y obligaciones internacionales", *Verba Juris*, Vol. 8, 2009, pp. 191-226.

- _____ “El crimen de genocidio según el Tribunal Internacional Penal para Ruanda”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 17, 2005, pp. 133-158.
- BOU FRANCH, V. y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. (Una propuesta del Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco, COVITE, para la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional)*, 1ª ed., Burriana: MINIM agencia ediciones, 2009.
- BRIGGS, H.W., “Unilateral Denunciation of Treaties: The Vienna Convention and the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, Vol. 68, No. 1, 1974, pp. 51-68.
- BROWN, B., “U.S. Objections to the Statute of the International Criminal Court: A Brief Response”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 855-891.
- BURKE-WHITE, W.W. y KAPLAN, S., “Shaping the Contours of Domestic Justice: The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda Situation”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 2, 2009, pp. 257-279.
- BURNEO LABRÍN, J.A., “El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Agenda Internacional*, Vol. XXV, No. 36, 2018, pp. 303-322.
- BURTON, M., “Assigning the Judicial Power to International Tribunals: NAFTA Binational Panels and Foreign Affairs Flexibility”, *Virginia Law Review*, Vol. 88, No. 7, 2002, pp. 1529-1582.
- CAHIER, P., “Changements et continuité du droit international. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours*, Vol. 195, 1985, pp. 9-374.
- _____ “Le problème des effets des traités à l’égard des États tiers”, *Recueil des Cours*, Vol. 143, 1974, pp. 589-736.
- CAPOTORTI, F., “L’extinction et la suspension des traités”, *Recueil des Cours*, Vol. 134, 1971, pp. 417-587.

- CARDONA LLORENS, J., "La aplicación de medidas que implican el uso de la fuerza armada por el Consejo de Seguridad para hacer efectivas sus decisiones", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 47, No. 1, 1995, pp. 9-32.
- CARNERERO CASTILLA, R., "La inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado y de Gobierno extranjeros en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional Española", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, No. 16, 2003, pp. 289-302.
- CARRILLO SANTARELLI, N., "La decisión "humanizadora" de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sobre competencia y jurisdicción frente a algunos crímenes cometidos de forma transnacional: el caso de los Rohingya expulsados hacia Bangladesh", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 36, 2018, pp. 1-15.
- CARTES RODRÍGUEZ, J.B., "Reflexiones en torno a la inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estados ante la comisión de crímenes internacionales en el marco del Estatuto de Roma", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 35, 2019, pp. 487-531.
- CHAM, K., "The Gambia's new president to 'reverse ICC withdrawal'", *The East African*, 6 December 2016.
- CHAUMONT, Ch., "Cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, Vol. 129, 1970, pp. 333-546.
- CLARK, R.S., "Offenses of International Concern: Multilateral State Treaty Practice in the Forty Years Since Nuremberg", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 57, No. 1, 1988, pp. 49-118.
- CONDE PÉREZ, E., "La Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, incluidos los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 1973): Análisis y perspectivas actuales de aplicación, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Vol. 13, No. 3, 2011, pp. 111-138.

CONFORTI, B., "Cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, Vol. 212, 1988, pp. 9-210.

_____ "Organizzazione delle Nazioni Unite", *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXI, 1981, pp. 265-303.

CRAWFORD, J., "Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law", *Recueil des Cours*, Vol. 365, 2013, pp. 9-390.

_____ "Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", *Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*, 2009.

_____ "The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal", *American Journal of International Law*, Vol. 88, No. 1, 1994, pp. 140-152.

_____ "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions", *British Yearbook of International Law*, Vol. 54, No. 1, 1983, pp. 75-118.

CRAWFORD, J., SANDS, Ph. y WILDE, R., *Joint Opinion on Bilateral Immunity Agreements sought by the United States under Article 98(2) of the Statute*, 2003.

CROSS, M.E. y WILLIAMS, S., "Recent Developments at the ICC", *Human Rights Law Review*, Vol. 9, No. 2, 2009, pp. 267-287.

DANILENKO, G.M., "The Statute of the International Criminal Court and Third States", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, 2000, pp. 445-494.

DAVID, E., "La Cour pénale internationale", *Recueil des Cours*, Vol. 313, 2005, pp. 325-454.

DE WET, E., "The Relationship between the International Criminal Court and *Ad Hoc* Criminal Tribunals: Competition or Symbiosis?", *Die Friedens-Warte*, Vol. 83, No. 4, 2008, pp. 33-57.

DECAUX, E., "Le statut du Chef d'État déchu", *Annuaire français de droit international*, Vol. 26, No. 1, 1980, pp. 101-139.

- DERSSO, S.A., "The AU's Extraordinary Summit decisions on Africa-ICC Relationship", *EJIL: Talk!*, 28 October 2013.
- DEVEREAUX, R., "Manhunting in the Hindu Kush: Civilian Casualties and Strategic Failures in America's Longest War", *The Intercept*, 15 October 2015.
- DJEFFAL, Ch., "Commentaries on the Law of Treaties: A Review Essay Reflecting on the Genre of Commentaries", *European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 4, 2013, pp. 1223-1238.
- DOMINICÉ, Ch., "Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État", *Revue général de droit international public*, Vol. 103, No. 2, 1999, pp. 297-308.
- DÖRMANN, K. y KRESS, C., „Verfahrens- und Beweisregeln sowie Verbrechenselemente zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs: Eine Zwischenbilanz nach den ersten zwei Sitzungen der Vorbereitungskommission für den Internationalen Strafgerichtshof“, *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften*, No. 4, 1999, pp. 200-212.
- DU PLESSIS, M., "Prosecutor v. Al-Bashir: Decision Under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by South Africa with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir (Int'l Crim. Ct.)", *International Legal Materials*, Vol. 56, No. 6, 2017, pp. 1061-1090.
- DU PLESSIS, M. y METTRAUX, G., "South Africa's Failed Withdrawal from the Rome Statute: Politics, Law, and Judicial Accountability", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, No. 2, 2017, pp. 361-370.
- DUPUY, P.-M., "L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, Vol. 297, 2000, pp. 9-490.
- EHRLICH, L., "L'interprétation des traités", *Recueil des Cours*, Vol. 24, 1928, pp. 1-145.
- EL ZEIDY, M., "The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State's Party

Referral to the ICC", *International Criminal Law Review*, Vol. 5, No. 1, 2005, pp. 83-119.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "La Corte Penal Internacional en Construcción: Nuevos Retos Veinte años Después de la Conferencia de Roma", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70, No. 2, 2018, pp. 209-216.

_____ "La Corte Penal Internacional: un instrumento al servicio de la paz", *Revista Internacional de Filosofía Política*, Vol. 21, 2003, pp. 5-35.

_____ "Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución Internacional", *Revista Española de Derecho Militar*, No. 75, 2000, pp. 171-204.

ESCUADERO ESPINOSA, J.F., "Los poderes del Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 19, 2003, pp. 185-261.

FASSBENDER, B., "Quis judicabit? The Security Council, Its Powers and Its Legal Control", *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 2000, pp. 219-232.

_____ "The United Nations Charter As Constitution of The International Community", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, No. 3, 1998, pp. 529-619.

FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., "Corte Penal Internacional y crimen de agresión: el levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 71, No. 2, 2019, pp. 195-221.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., "Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional relativa a la organización terrorista nacionalista vasca ETA", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, No. 30, 2017, pp. 49-93.

FITZMAURICE, G., "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", *Recueil des Cours*, Vol. 92, 1957, pp. 1-227.

- FITZMAURICE, M., "Third Parties and the Law of Treaties", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, 2002, pp. 37-137.
- GAETA, P., "The ICC Changes Its Mind on the Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again", *Opinio Juris*, 23 April 2014.
- _____, "Darfur Debate - What Should the ICC Do About the Darfur Situation?", *ICC Forum*, 6 May 2011.
- _____, "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 2, 2009, pp. 315-332.
- GALLANT, K.S., "The International Criminal Court in the System of States and International Organizations", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, No. 3, 2003, pp. 553-591.
- GARDAM, J.G., "Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, No. 2, 1996, pp. 285-322.
- GARGIULO, P., "Il controverso rapporto tra Corte penale internazionale e Consiglio di sicurezza per la repressione dei crimini di diritto internazionale", *La comunità internazionale*, Vol. 54, No. 3, 1999, pp. 428-473.
- GARNER, J.W. y JOBST III, V., "The Unilateral Denunciation of Treaties by One Party Because of Alleged Non-Performance by Another Party or Parties", *American Journal of International Law*, Vol. 29, No. 4, 1935, pp. 569-585.
- GIARDINA, A., "The Egyptian-Israeli Peace Agreements and the Other International Obligations of the Parties", *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 4, No. 1, 1978, pp. 20-30.
- GIRAUD, E., "Modification et terminaison des traités collectifs", *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 49, No. 1, 1961, pp. 5-153.
- GÓMEZ ROBLEDÓ, A., "Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions", *Recueil des Cours*, Vol. 172, 1981, pp. 9-218.
- GOWLLAND-DEBBAS, V., "The Security Council and Issues of Responsibility under International Law", *Recueil des Cours*, Vol. 353, 2011, pp. 185-444.

- _____ "Is the UN Security Council bound by Human Rights Law?", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 103, 2009, pp. 199-202.
- _____ "The Relationship Between the Security Council and the Projected International Criminal Court", *Journal of Armed Conflict Law*, Vol. 3, No. 1, 1998, pp. 97-119.
- _____ "The Relationship Between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case", *American Journal of International Law*, Vol. 88, No. 4, 1994, pp. 643-677.
- GUISASOLA LERMA, C., "La identidad de sujeto sancionado como presupuesto del derecho al *ne bis in idem*", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Vol. 10, 2003, pp. 215-243.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., "A Propósito de la Adhesión Española (1985) a la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas (Contexto de un Tratado Internacional, Reservas y Objeciones, Arreglo de Controversias)", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 38, No. 1, 1986, pp. 9-32.
- HAFNER, G., BOON, K., RÜBESAME, A. y HUSTON, J., "A Response to the American View as Presented by Ruth Wedgwood", *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 1999, pp. 108-123.
- HAPPOLD, M., "Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, No. 3, 2003, pp. 593-610.
- HARVARD LAW SCHOOL, "Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime", *American Journal of International Law*, Vol. 29, 1935, pp. 439-442.
- _____ "Diplomatic Privileges and Immunities", *American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 1, 1932, pp. 15-192.
- HERDEGEN, M.J., "The "Constitutionalization" of the UN Security System", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 27, No. 1, 1994, pp. 135-159.

- HERNÁNDEZ CAMPOS, A., "La activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión", *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Vol. LXVIII, No. 158, 2018, pp. 109-130.
- IONESCU-VRACA, R., "L'obligation de coopération des États avec la Cour pénale internationale: une illustration des défis à travers l'affaire Al Bashir et l'Afrique", *Revue de droit pénal et de criminologie*, Vol. 99, No. 1, 2019, pp. 7-32.
- JAIN, N., "A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 2, 2005, pp. 239-254.
- JESCHECK, H.H., „Die Internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 66, No. 2, 1954, pp. 193-217.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., "Treaty Stipulations in Favor of Third States", *American Journal of International Law*, Vol. 50, No. 2, 1956, pp. 338-357.
- JOHANSEN, R.C., "The Impact of US Policy toward the International Criminal Court on the Prevention of Genocide, War Crimes, and Crimes against Humanity", *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 2, 2006, pp. 301-331.
- JOHNSON, M.T., "The American Servicemember's Protection Act: Protecting Whom?", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 43, No. 2, 2002-2003, pp. 405-484.
- JOHNSTONE, I., "Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing down the Deliberative Deficit", *American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 2, 2008, pp. 275-308.
- JON HELLER, K., "Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression", *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 3, 2007, pp. 477-497.
- JONES, J.R.W.D., "The Implications of the Peace Agreement for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *European Journal of International Law*, Vol. 7, No. 2, 1996, pp. 226-244.

- KAECKENBEECK, G., "La Charte de San Francisco dans ses rapports avec le droit international", *Recueil des Cours*, Vol. 70, 1947, pp. 109-276.
- KAUL, H.-P. y KRESS, C., "Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pp. 143-175.
- KEITH HALL, C., "The First Five Sessions of the UN Preparatory Commission for the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 4, 2000, pp. 773-789.
- KELLEY, K.J., "Kenya Appeals to UN on Immunity for Heads of State", *Daily Nation*, 3 August 2018.
- KELSEN, H., "Conflict between obligations under the Charter of the United Nations and obligations under other international agreements. An analysis of Article 103 of the Charter", *University of Pittsburg Law Review*, Vol. 10, 1948-1949, pp. 284-294.
- _____ "Contribution à la théorie du traité international", *Revue internationale de la théorie du droit*, Vol. X, 1936, pp. 253-292.
- KEMP, G., "South Africa's (Possible) Withdrawal from the ICC and the Future of the Criminalization and Prosecution of Crimes Against Humanity, War Crimes and Genocide Under Domestic Law: A Submission Informed by Historical, Normative and Policy Considerations", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 16, No. 3, 2017, pp. 411-438.
- KHAN, M.Z.I., "Pathways to Justice for 'Atrocity Crimes' in Myanmar: Is There Political Will?", *Global Responsibility to Protect*, Vol. 11, No. 1, 2019, pp. 3-41.
- KIRSCH, Ph., "The Rome Conference on the International Criminal Court: A Comment", *American Society of International Law Newsletter*, November-December, 1998, p. 1.
- KIRSCH, Ph. y HOLMES, J.T., "The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process", *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999, pp. 2-12.

- KLEFFNER, J.K., "The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 1, 2003, pp. 86-113.
- KNOTTNERUS, A., "The Immunity of al-Bashir: The Latest Turn in the Jurisprudence of the ICC", *EJIL: Talk!*, 15 November 2017.
- KOLB, R., "L'article 103 de la Charte des Nations Unies", *Recueil des Cours*, Vol. 367, 2013, pp. 9-252.
- KOSKENNIEMI, M., "The Police in the Temple Order, Justice and the UN: A Dialectical View", *European Journal of International Law*, Vol. 6, No. 3, 1995, pp. 325-348.
- KRESS, C., "The Crime of Genocide under International Law", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, No. 4, 2006, pp. 461-502.
- _____, "The Darfur Report and Genocidal Intent", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, No. 3, 2005, pp. 562-578.
- _____, "'Self-Referrals' and 'Waivers of Complementarity': Some Considerations in Law and Policy", *Journal of International Justice*, Vol. 2, No. 4, 2004, pp. 944-948.
- _____, „Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs", *Humanitäres Völkerrecht*, Vol. 12, No. 1, 1999, pp. 4-9.
- KUNZ, J.L., "The Meaning and the Range of the Norm *Pacta Sunt Servanda*", *American Journal of International Law*, Vol. 39, No. 2, 1945, pp. 180-197.
- LA HAYE, E., "The Jurisdiction of the International Criminal Court: Controversies over the Preconditions for Exercising its Jurisdiction", *Netherlands International Law Review*, Vol. 46, No. 1, 1999, pp. 1-25.
- LACHS, M., "Le développement et les fonctions des traités multilatéraux", *Recueil des Cours*, Vol. 92, 1957, pp. 229-341.

- LATTANZI, F., "La primazia del Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia sulle giurisdizioni interne", *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 79, Fascicolo 3, 1996, pp. 597-619.
- LAUTERPACHT, H., "Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités", *Recueil des Cours*, Vol. 48, 1934, pp. 709-819.
- LAVRANOS, N., "UN Sanctions and Judicial Review", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 76, No. 1, 2007, pp. 1-17.
- LEIGH, M., "The United States and the Statute of Rome", *American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 1, 2001, pp. 124-131.
- LICERAS, J.S., "La Corte Penal Internacional (2002-2017): Balance y perspectivas", *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, No. 9, 2018, pp. 1220-1245.
- LIETZAU, W.K., "International Criminal Law after Rome: Concerns from a U.S. Military Perspective", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 119-140.
- LIIVOJA, R., "The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 3, 2008, pp. 583-612.
- LOHR, M.F. y LIETZAU, W.K., "One Road Away from Rome: Concerns Regarding the International Criminal Court", *United States Air Force Academy Journal of Legal Studies*, Vol. 9, 1998-1999, pp. 33-58.
- LÓPEZ JACOISTE, E., "The UN Collective Security System and its Relationship with Economic Sanctions and Human Rights", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 14, 2010, pp. 273-335.
- _____ "La Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la intervención de la Corte Penal Internacional en la crisis de Darfur: ¡A la sexta va la vencida!", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 57, No. 1, 2005, pp. 489-495.

- LÓPEZ MARTÍN, A.G., "Principios y reglas de solución aplicables a las controversias territoriales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 6, 2013, pp. 15-45.
- _____ "Clásico pero actual: El territorio estatal", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 17, 2005, pp. 173-206.
- _____ "Las inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España", *Cuadernos de Derecho Público*, No. 6, 1999, pp. 157-183.
- _____ "Embargo y bloqueo aéreo en la práctica reciente del Consejo de Seguridad: del conflicto del Golfo al caso de Libia", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 46, No. 1, 1994, pp. 39-59.
- LUBAN, D.J., "A Theory of Crimes Against Humanity", *Yale Journal of International Law*, Vol. 29, 2004, pp. 85-167.
- MACDONALD, R., "The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 20, 1999, pp. 205-231.
- MACDONALD, R.St.J., "Fundamental Norms in Contemporary International Law", *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international*, Vol. 25, 1988, pp. 115-149.
- MACGIBBON, I., "Estoppel in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 7, No. 3, 1958, pp. 468-513.
- MAILLART, J.-B., "Article 12(2)(a) Rome Statute: The Missing Piece of the Jurisdictional Puzzle", *EJIL: Talk!*, 7 August 2014.
- MANACORDA, S., „Die allgemeine Lehre von der Straftat in Frankreich: Besonderheiten oder Lücken in der französischen Strafrechtswissenschaft?", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1998, pp. 124-126.

- MÁRQUEZ CARRASCO, C., "Los elementos específicos de las conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal", *Revista General de Derecho Penal*, No. 10, 2008, pp. 1-69.
- _____ "Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en Derecho Internacional Penal", *Revista General de Derecho Penal*, No. 9, 2008, pp. 1-56.
- MARTÍN LÓPEZ, M.A., "Estudio sobre los regímenes objetivos en el derecho de los tratados", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 20, 2010, pp. 1-16.
- MAZERON, F., "Le contrôle de légalité des décisions du Conseil de Sécurité - Un bilan après les ordonnances *Lockerbie* et l'arrêt *Tadic*", *Revue québécoise de droit international*, Vol. 10, 1997, pp. 105-136.
- MÉGRET, F., "International Criminal Justice as a Peace Project", *European Journal of International Law*, Vol. 29, No. 3, 2018, pp. 835-858.
- _____ "Epilogue to an Endless Debate: The International Criminal Court's Third Party Jurisdiction and the Looming Revolution of International Law", *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 2, 2001, pp. 247-268.
- MEJÍA AZUERO, J.C., "Diferencias entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal", *Prolegómenos. Derechos y Valores. Universidad Militar Nueva Granada*, Vol. XI, No. 22, 2008, pp. 181-217.
- MERON, T., "On a Hierarchy of International Human Rights", *American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 1, 1986, pp. 1-23.
- METTRAUX, G., DUGARD, J. y DU PLESSIS, M., "Heads of State Immunities, International Crimes and President Bashir's visit to South Africa", *International Criminal Law Review*, Vol. 18, No. 4, 2018, pp. 577-622.
- MOGENI, L., "Gambia May Not Join Other African States in ICC Withdrawal", *The Wire*, 9 December 2016.

- MORRIS, M., "High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 13-66.
- _____, "Exercise of ICC Jurisdiction over Nationals of Non-Party States", 1999 [Borrador].
- MURPHY, S.D., "Foreword", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, No. 4, 2018, pp. 679-682.
- _____, "U.S. Bilateral Agreements Relating to ICC", *American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 1, 2003, pp. 200-203.
- NADYA SADAT, L., "A Contextual and Historical Analysis of the International Law Commission's 2017 Draft Articles for a New Global Treaty on Crimes Against Humanity", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, No. 4, 2018, pp. 683-704.
- NAGESWAR, R., "Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Indian Journal of International Law*, Vol. 14, 1974, pp. 362-385.
- NAKHJAVANI, S.A., "International Crimes", *African Guide to International Criminal Justice*, 2008, pp. 55-97.
- NARAYANA RAO, R., "Is Article 39 Action Necessary for Taking Provisional Measures Contemplated Under Article 40 of the UN Charter?", *Indian Journal of International Law*, Vol. 37, No. 1, 1997, pp. 62-78.
- NEWTON, M.A., "How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 49, 2016, pp. 371-431.
- NIANG, M., "Africa and the Legitimacy of the ICC in Question", *International Criminal Law Review*, Vol. 17, No. 4, 2017, pp. 615-624.
- NOUWEN, S. y ALBANESE, M., "Arresting Bashir: How the ICC has Violated its Own Statute", *African Arguments*, 10 March 2009.
- O'KEEFE, R., "Response: "Quid," Not "Quantum": A Comment on "How the International Criminal Court Threatens Treaty Norms"", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 49, 2016, pp. 433-441.

- OLÁSOLO ALONSO, H., "The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor", *International Criminal Law Review*, Vol. 5, No. 1, 2005, pp. 121-146.
- OLÁSOLO ALONSO, H., MARTÍNEZ VARGAS, J.R. y RODRÍGUEZ POLANÍA, A.M., "La Inmunidad de Jurisdicción Penal por Crímenes Internacionales de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, No. 1, 2016, pp. 251-281.
- OLSON, P.M., "Introductory Note to Security and Defense Cooperation Agreement between the United States of America and the Islamic Republic of Afghanistan & Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO Personnel Conducting Mutually Agreed NATO-Led Activities in Afghanistan", *International Legal Materials*, Vol. 54, No. 2, 2015, pp. 272-305.
- OOSTHUIZEN, G.H., "Some Preliminary Remarks on the Relationship Between the Envisaged International Criminal Court and the UN Security Council", *Netherlands International Law Review*, Vol. 46, No. 3, 1999, pp. 313-342.
- ORTIZ, N.E., "Understanding the State Party Referral of the Situation in Venezuela", *EJIL: Talk!*, 1 November 2018.
- PAPILLON, S., "Has the United Nations Security Council Implicitly Removed Al Bashir's Immunity?", *International Criminal Law Review*, Vol. 10, No. 2, 2010, pp. 275-288.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., "La fundamentación del Derecho de Gentes y la Jurisprudencia internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 4, 1973, pp. 87-106.
- _____, "La determinación del contenido del "ius cogens"", *IX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Lisboa, 1972, pp. 1-2.

- PELLET, A., "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12, No. 3, 1988-1989, pp. 22-53.
- PICTET, J., "Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional", *Comité Internacional de la Cruz Roja*, 1998.
- PIGNATELLI Y MECA, F., "Los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma", *Revista Española de Derecho Militar*, No. 75, 2000, pp. 229-380.
- QUINTILIANO, S., "La justice pénale internationale", *Recueil des Cours*, Vol. 10, 1925, pp. 223-423.
- REISMAN, W.M. y STEVICK, D.L., "The Applicability of International Law Standards to United Nations Economic Sanctions Programmes", *European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998, pp. 86-141.
- REMIRO BROTONS, A., "Crimen de agresión, crimen sin castigo", *Agenda Internacional*, Vol. XII, No. 23, 2006, pp. 11-37.
- _____ "Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo", *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior*, Vol. 10, 2005, pp. 1-17.
- _____ "Pinochet: Los límites de la impunidad", *Política Exterior*, Vol. 13, No. 67, 1999, pp. 43-57.
- REYES MILK, M.E., "El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional", *Agenda Internacional*, Vol. XV, No. 26, 2008, pp. 69-106.
- ROBERTS, K., "Second-Guessing the Security Council: The International Court of Justice and Its Power of Judicial Review", *Pace International Law Review*, Vol. 7, No. 2, 1995, pp. 281-327.
- ROSSEL CASTAGNETO, M.L., "El Consejo de Seguridad y el nuevo orden internacional", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXIII, 2002, pp. 513-531.

- ROZAKIS, C., "Treaties and Third States: A Study in the Reinforcement of the Consensual Standards in International Law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 35, No. 1, 1975, pp. 1-40.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., "Réplica: Cuestiones de legalidad en las acciones armadas contra Irak", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 43, No. 1, 1991, pp. 117-122.
- SAINE, P. y JAHATEH, L., "Gambia announces plans to stay in International Criminal Court", *Reuters*, 13 February 2017.
- SAROOSHI, D., "Aspects of the relationship between the International Criminal Court and the United Nations", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 32, 2001, pp. 27-53.
- SCHABAS, W.A., "Prevention of Crimes Against Humanity", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, No. 4, 2018, pp. 705-728.
- _____ "United States Hostility to the International Criminal Court: It's All About the Security Council", *European Journal of International Law*, Vol. 15, No. 4, 2004, pp. 701-720.
- SCHARF, M.P., "The ICC's Jurisdiction Over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 67-117.
- _____ "The Politics Behind U.S. Opposition to the International Criminal Court", *Brown Journal of World Affairs*, Vol. 6, No. 1, 1999, pp. 97-104.
- SCHEFFER, D., "Genocide and Atrocity Crimes", *Genocide Studies and Prevention. An International Journal*, Vol. 1, No. 3, 2006, pp. 229-250.
- _____ "Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, No. 2, 2005, pp. 333-353.
- _____ "Letter to the Editors", *American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 1, 2001, pp. 624-625.

- _____ "The International Criminal Court: The Challenge of Jurisdiction", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 93, 1999, pp. 68-72.
- _____ "The United States and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1, 1999, pp. 12-22.
- _____ "U.S. Policy and the International Criminal Court", *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, No. 3, 1999, pp. 529-534.
- _____ "Statement of Hon. David J. Scheffer, Ambassador-at-Large for War Crimes Issues; Accompanied by Mary Ellen Warlow, U.S. Department of Justice", en *Is a U.N. International Criminal Court in the U.S. National Interest?*, Hearing before the Subcommittee on International Operations of the Committee on Foreign Relations, United States Senate, One Hundred Fifth Congress, Second Session, July 23, 1998, S. Hrg. 105-724; Senate Hearing 105-724.
- SCHEUNER, U., "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences. Comments on Arts. 50, 61 and 67 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 27, 1967, pp. 520-532.
- SCHINDLER, D., "Kollektive Sicherheit der Vereinten Nationen und dauernde Neutralität der Schweiz", *Swiss Review of International and European Law*, Vol. 2, No. 4, 1992, pp. 435-479.
- SERNA GALVÁN, M.L., "Interpretación del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas (Amenazas a la paz) por el Consejo de Seguridad: ¿Es el Consejo de Seguridad un legislador para toda la comunidad internacional?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 2011, pp. 147-185.
- SIMMA, B., "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des Cours*, Vol. 250, 1994, pp. 217-384.

- SIMONS, M. y SPECIA, M., "U.S. Revokes Visa of I.C.C. Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes", *New York Times*, 5 April 2019.
- SLOAN, B., "The United Nations Charter as a Constitution", *Pace Yearbook of International Law*, Vol. 1, No. 1, 1989, pp. 61-126.
- SMIDT, M.L., "The International Criminal Court: An Effective Means of Deterrence?", *Military Law Review*, Vol. 167, 2001, pp. 156-240.
- SSENYONJO, M., "State Withdrawal Notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia", *Criminal Law Forum*, Vol. 29, No. 1, 2018, pp. 63-119.
- _____ "The International Criminal Court Arrest Warrant Decision for President Al Bashir of Sudan", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 1, 2010, pp. 205-225.
- STAHN, C., "Response: The ICC, Pre-Existing Jurisdictional Treaty Regimes, and the Limits of the *Nemo Dat Quod Non Habet* Doctrine – A Reply to Michael Newton", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 49, 2016, pp. 443-454.
- _____ "Libya, the International Criminal Court and Complementarity: A Test for 'Shared Responsibility'", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, No. 2, 2012, pp. 325-349.
- _____ "The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002)", *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, 2003, pp. 85-104.
- STÜRCHLER, N., "The Activation of the Crime of Aggression in Perspective", *EJIL: Talk!*, 26 January 2018.
- SUBEDI, S.P., "The Doctrine of Objective Regimes in International Law and the Competence of the United Nations to Impose Territorial or Peace Settlements on States", *German Yearbook of International Law*, Vol. 37, 1994, pp. 162-205.
- SUCKER, F. y CHENWI, L., "South Africa's Competing Obligations in Relation to International Crimes", *Constitutional Court Review*, Vol. 7, No. 1, 2015, pp. 199-245.

- SZASZ, P.C., "The Security Council Starts Legislating", *American Journal of International Law*, Vol. 96, No. 4, 2002, pp. 901-905.
- TABAK, S., "Article 124, War Crimes, and the Development of the Rome Statute", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 40, 2009, pp. 1069-1099.
- TALMON, S., "Security Council Treaty Action", *Revue hellénique de droit international*, Vol. 62, 2009, pp. 65-116.
- _____ "The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition: *Tertium Non Datur?*", *British Yearbook of International Law*, Vol. 75, No. 1, 2005, pp. 101-181.
- _____ "The Security Council as World Legislature", *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005, pp. 175-193.
- TAN, Ch.J., "The Proliferation of Bilateral Non-Surrender Agreements Among Non-Ratifiers of the Rome Statute of the International Criminal Court", *American University International Law Review*, Vol. 19, No. 5, 2003, pp. 1115-1180.
- THIERRY, H., "L'évolution du droit international. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours*, Vol. 222, 1990, pp. 9-185.
- _____ "Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", *Recueil des Cours*, Vol. 167, 1980, pp. 385-450.
- TLADI, D., "Interpretation and international law in South African courts: The Supreme Court of Appeal and the Al Bashir saga", *African Human Rights Law Journal*, Vol. 16, 2016, pp. 310-338.
- _____ "The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, No. 1, 2013, pp. 199-221.
- TOMUSCHAT, Ch., "Obligations arising for States without or against their will", *Recueil des Cours*, Vol. 241, 1993, pp. 195-374.

- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., "La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posibles soluciones", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 12, 2012, pp. 365-406.
- _____ "El control de legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad", *Agenda Internacional*, Vol. XVII, No. 28, 2010, pp. 103-131.
- TORRES CAZORLA, M.I., "El derecho de veto en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: la historia de la válvula de seguridad que paralizó el sistema", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 1, 2008, pp. 49-88.
- TOUBLANC, A., "L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies", *Revue générale de droit international publique*, Vol. 108, No. 2, 2004, pp. 439-462.
- TRIGGIANI, E., "La denuncia dei trattati fondata sulla loro natura", *Comunicazioni e studi*, Vol. XV, 1978, pp. 469-528.
- VACAS FERNÁNDEZ, F., "El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por el Estado de Palestina: Un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 30, 2015, pp. 1-43.
- VAGIAS, M., "Case No. ICC-RoC46(3)-01/18", *American Journal of International Law*, Vol. 113, No. 2, 2019, pp. 368-375.
- VAN DER VYVER, J.D., "Deferrals of Investigations and Prosecutions in the International Criminal Court", *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 51, No. 1, 2018, pp. 1-18.
- VÉGH, K., "A Legislative Power of the UN Security Council?", *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 49, No. 3, 2008, pp. 275-295.
- VERDROSS, A., "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 60, No. 3, 1966, pp. 55-63.

- _____ "Idées directrices de l'Organisation des Nations Unies", *Recueil des Cours*, Vol. 83, 1953, pp. 1-78.
- WARBRICK, C. y MCGOLDRICK, D., "The Use of Force Against Iraq", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, No. 3, 2003, pp. 811-814.
- WATTS, A., "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des Cours*, Vol. 247, 1994, pp. 9-130.
- WECKEL, Ph., "L'institution d'un Tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie", *Annuaire français de droit international*, Vol. 39, 1993, pp. 232-261.
- WEDGWOOD, R., "The Irresolution of Rome", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No. 1, 2001, pp. 193-214.
- _____ "The International Criminal Court: An American View", *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 1999, pp. 93-107.
- WEIGEND, T., "In general a principle of justice. The debate on the 'Crimes against Peace' in the Wake of the Nuremberg Judgement", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, No. 1, 2012, pp. 41-58.
- WHITING, A., "An Investigation Mechanism for Syria: The General Assembly Steps into the Breach", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, No. 2, 2017, pp. 231-237.
- WHITTLE, D., "The Limits of Legality and the United Nations Security Council: Applying the Extra-Legal Measures Model to Chapter VII Action", *European Journal of International Law*, Vol. 26, No. 3, 2015, pp. 671-698.
- WIDDOWS, K., "The Unilateral Denunciation of Treaties Containing No Denunciation Clause", *British Yearbook of International Law*, Vol. 53, No. 1, 1982, pp. 83-114.

- _____ "Security Council Resolutions and Non-Members of the United Nations", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 27, No. 2, 1978, pp. 459-462.
- WILLIAMS, S. y SHERIF, L., "The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 14, No. 1, 2009, pp. 71-92.
- WIRTH, S., "Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute", *Criminal Law Forum*, Vol. 12, No. 4, 2001, pp. 429-458.
- WOOD, M., "The Interpretation of Security Council Resolutions, Revisited", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 20, No. 1, 2017, pp. 1-35.
- WRIGHT, Q., "Conflicts Between International Law and Treaties", *American Journal of International Law*, Vol. 11, No. 3, 1917, pp. 566-579.
- _____ "The Interpretation of Multilateral Treaties", *American Journal of International Law*, Vol. 23, No. 1, 1929, pp. 94-107.
- YASSEEN, M.K., "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités", *Recueil des Cours*, Vol. 151, 1976, pp. 1-114.
- YAVAŞ, E., "The Critical Analysis Of The Relationship Between The International Criminal Court And The United Nations Security Council", *Journal of Judgments by the Court of Jurisdictional Disputes/Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Vol. 6, 2015, pp. 609-619.
- ZAPPALÀ, S., "Are Some Peacekeepers Better Than Others? UN Security Council Resolution 1497 (2003) and the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 3, 2003, pp. 671-678.
- _____ "The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UNSC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 1, 2003, pp. 114-134.
- _____ "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The *Ghaddafi Case* before the French *Cour de*

Cassation", European Journal of International Law, Vol. 12, No. 3, 2001, pp. 595-612.

_____ "Il Procuratore della Corte Penale Internazionale: luci e ombre", *Rivista di diritto internazionale*, Vol. LXXXII, 1999, pp. 39-85.

II. JURISPRUDENCIA

1. INTERNACIONAL

1.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

CtIDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia sobre Competencia, 24 de septiembre de 1999.

1.2. Corte Internacional de Justicia

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment of 3 February 2015, *ICJ Reports* 2015, p. 3.

ICJ, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment of 4 June 2008, *ICJ Reports* 2008, p. 177.

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, *ICJ Reports* 2007, p. 43.

ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 3 February 2006, *ICJ Reports* 2006, p. 6.

ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, *ICJ Reports* 2004, p. 136.

ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment of 14 February 2002, *ICJ Reports* 2002, p. 3.

ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, p. 86.

ICJ, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment of 4 December 1998, *ICJ Reports* 1998, p. 432.

- ICJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment of 11 June 1998, ICJ Reports 1998, p. 275.
- ICJ, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 15 February 1995, ICJ Reports 1995, p. 6.
- ICJ, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, Judgment of 3 February 1994, ICJ Reports 1994, p. 6.
- ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, ICJ Reports 1993, p. 407.
- ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. the United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, p. 3.
- ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)* Provisional Measures, Order of 14 April 1992, ICJ Reports 1992, p. 114.
- ICJ, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, Application to Intervene, Judgment of 13 September 1990, ICJ Reports 1990, p. 92.
- ICJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, p. 27.
- ICJ, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion of 20 December 1980, ICJ Reports 1980, p. 73.
- ICJ, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974, ICJ Reports 1974, p. 253.
- ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Reports 1971, p. 16.

- ICJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, *ICJ Reports* 1969, p. 3.
- ICJ, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, *ICJ Reports* 1962, p. 151.
- ICJ, *Case concerning the Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria)*, *Preliminary Objections*, Judgment of 26 May 1959, *ICJ Reports* 1959, p. 127.
- ICJ, *Nottebohm Case (Preliminary Objections) (Liechtenstein v. Guatemala)*, Judgment of 18 November 1953, *ICJ Reports* 1953, p. 111.
- ICJ, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment of 18 December 1951, *ICJ Reports* 1951, p. 116.
- ICJ, *International Status of South West Africa*, Advisory Opinion of 11 July 1950, *ICJ Reports* 1950, p. 128.
- ICJ, *International Status of South West Africa*, Advisory Opinion of 11 July 1950, Separate Opinion by Sir Arnold McNair, p. 146.
- ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949, *ICJ Reports* 1949, p. 174.
- ICJ, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, Advisory Opinion of 28 May 1948, *ICJ Reports* 1948, p. 57.

1.3. Corte Penal Internacional

- ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber II, “Decision on the Prosecutor and Victims’ Requests for Leave to Appeal the ‘Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan’”, 17 September 2019, ICC-02/17-62.
- ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber II, “Partially Dissenting Opinion of Judge Antione Kesia-Mbe Mindua”, 17 September 2019, ICC-02/17-62-Anx.
- ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, Office of the Prosecutor, “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 4 July 2019, ICC-01/19-7.

- ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, Office of the Prosecutor, "Annex 2 to the Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 4 July 2019, ICC-01/19-7-Anx2.
- ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Legal Representatives of Victims, "Victims' request for leave to appeal the 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan'", 10 June 2019, ICC-02/17-37.
- ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Office of the Prosecutor, "Request for Leave to Appeal the "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan"", 7 June 2019, ICC-02/17-34.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, "Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal", 6 May 2019, ICC-02/05-01/09OA2.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, "Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański and Bossa", 6 May 2019, ICC-02/05-01/09-397-Anx1.
- ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber II, "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan", 12 April 2019, ICC-02/17-33.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, "The Hashemite Kingdom of Jordan's submissions following the hearing of 10, 11, 12, 13 and 14 September 2018", 28 September 2018, ICC-02/05-01/09-390.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, "Supplementary African Union Submission in the "Hashemite Kingdom of Jordan's Appeal Against the 'Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender [of] Omar Al-Bashir" with Annex 1, Annex

- 2, Annex 3, Annex 4 and Annex 5", 28 September 2018, ICC-02/05-01/09 OA2.
- ICC, *Transcript of Appeals Hearing*, 10 September 2018, ICC-02/05-01/09-T-4-ENG.
- ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, Pre-Trial Chamber I, "Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"", 6 September 2018, ICC-RoC46(3)-01/18.
- ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, Office of the Prosecutor, "Notice of the Public Statement Issued by the Government of Myanmar", 17 August 2018, ICC-RoC46(3)-01/18-36.
- ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, Office of the Prosecutor, "Annex E to the Prosecution Notice of Documents for Use in Status Conference", 19 June 2018, ICC-RoC46(3)-01/18-27-AnxE.
- ICC, *Situation in Darfur, Sudan*, Appeals Chamber, "Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, Cryer, de Guzman, Lafontaine, Oosterveld, and Stahn", 17 June 2018, ICC-02/05-01/09-362.
- ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, Office of the Prosecutor, "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", 9 April 2018, ICC-RoC46(3)-01/18-1.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Appeals Chamber, "The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir"", 12 March 2018, ICC-02/05-01/09-326.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir", 11 December 2017, ICC-02/05-01/09-309.

- ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Pre-Trial Chamber III, “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 20 November 2017, ICC-02/17-7-Red.
- ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, Pre-Trial Chamber III, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”, 25 October 2017, ICC-01/17-X-9-US-Exp, Public Redacted Version of 9 November 2017.
- ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, Pre-Trial Chamber III, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”, 25 October 2017, ICC-01/17-X-9-US-Exp.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir”, 6 July 2017, ICC-02/05-01/09-302.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision on the request of the Republic of South Africa for an extension of the time limit for submitting their views for the purposes of proceedings under article 87(7) of the Rome Statute of 15 October 2015 (ICC-02/05-01/09)”, 4 May 2016, ICC-02/05-01/09-258 y ICC-02/05-01/09-258-Anx.
- ICC, *Situation in Georgia*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation”, 27 January 2016, ICC-01/15-12.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision on the request of the Republic of South Africa for an extension of the time limit for submitting their views for the purposes of proceedings under article 87(7) of the Rome Statute of 15 October 2015 (ICC-02/05-01/09)”, 21 December 2015, ICC-02/05-01/09-256 y ICC-02/05-01/09-256-Anx.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Order requesting submissions from the Republic of South Africa for the purposes

- of proceedings under article 87(7) of the Rome Statute”, 4 September 2015, ICC-02/05-01/09-247.
- ICC, *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, Trial Chamber V(b), “Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta”, 13 March 2015, ICC-01/09-02/11-1005.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court”, 9 April 2014, ICC-02/05-01/09-195.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Regarding Omar Al-Bashir’s Potential Travel to the State of Kuwait”, 24 March 2014, ICC-02/05-01/09-192.
- ICC, Registry, Annex II: Transmission to Pre-Trial Chamber II of the observations submitted by the Democratic Republic of Congo pursuant to the “Decision requesting observations on Omar Al-Bashir’s visit to the Democratic Republic of Congo”, 3 March 2014, ICC-02/05-01/09-190-AnxII-tENG.
- ICC, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Trial Chamber V(A), “Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial”, 18 June 2013, ICC-01/09-01/11-777.
- ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, 10 July 2012, ICC-01/04-01/06-2901.
- ICC, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the postponement of the execution of the request for surrender of Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to article 95 of the Rome Statute”, 1 June 2012, ICC-01/11-01/11-163.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, “Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 12 December 2011, ICC-02/05-01/09-139.
- ICC, *Situation in the Republic of Côte d’Ivoire*, Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an

- Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire", 3 October 2011, ICC-02/11-14.
- ICC, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Trial Chamber IV, "Decision on 'Defence Application pursuant to articles 57(3)(b) & 64(6)(a) of the Statute for an order for the preparation and transmission of a cooperation request to the Government of the Republic of the Sudan'", 1 July 2011, ICC-02/05-03/09-169.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, "Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir", 12 July 2010, ICC-02/05-01/09-95.
- ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, Pre-Trial Chamber II, "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya", 31 March 2010, ICC-01/09-19-Corr.
- ICC, *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, Pre-Trial Chamber I, "Decision on the Confirmation of Charges", 8 February 2010, ICC-02/05-02/09-243-Red.
- ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga/Mathieu Ngudjolo Chui*, Appeals Chamber, "Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case", 25 September 2009, ICC-01/04-01/07-1497.
- ICC, *Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda*, Pre-Trial Chamber I, "Decision on the Prosecutor's Application under Article 58", 7 May 2009, ICC-02/05-02/09-1.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-3.
- ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, "Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir", 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-1.
- ICC, *Situation in Darfur, Sudan*, Pre-Trial Chamber I, "Decision on Application under Rule 103", 4 February 2009, ICC-02/05-185.

- ICC, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber III, “Fourth Decision on Victims’ Participation”, 12 December 2008, ICC-01/05-01/08-320.
- ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga”, 5 November 2007, ICC-01/04-01/07-55.
- ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Chamber, “Decision on the admissibility of the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Décision sur la confirmation des charges” of 29 January 2007”, 13 June 2007, ICC-01/04-01/06 OA8.
- ICC, *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute”, 27 April 2007, ICC-02/05-01/07-1-Corr.
- ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Chamber, “Defence Appeal Against the Pre-Trial Chamber’s ‘Décision sur la confirmation des charges’ of 29 January 2007”, 30 January 2007, ICC-01/04-01/06-797.
- ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the confirmation of charges”, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN.
- ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeals Chamber, “Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2)(a) of the Statute of 3 October 2006”, 14 December 2006, ICC-01/04-01/06-772.
- ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Appeals Chamber, “Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest, Article 58””, 13 July 2006, ICC-01/04-169.
- CPI, *Situación en la República Democrática del Congo*, Sala de Apelaciones, “Sentencia relativa a la solicitud del Fiscal de que se examine con carácter extraordinario la decisión de 31 de marzo de 2006 por la cual la Sala de

Cuestiones Preliminares I denegó la autorización para apelar”, 13 de julio de 2006, ICC-01/04-168-tSPA.

ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, “Decision concerning the Hearing on 2 February 2006”, 22 March 2006, ICC-01/04-01/06-47.

ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest”, 10 February 2006, ICC-01/04-01/06.

ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Prosecutor’s Application for a warrant of arrest, Article 58”, 10 February 2006, ICC-01/04-01/06-1-Corr-Red.

ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6 (Public Redacted Version)”, 19 January 2006, ICC-01/04-101-tEN-Corr.

ICC, *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Pre-Trial Chamber II, “Decision to Convene a Status Conference on the Investigation in the Situation in Uganda in Relation to the Application of Article 53”, 2 December 2005, ICC-02/04-01/15-44.

1.4. Corte Permanente de Arbitraje

PCA, *Island of Palmas Case (or Miangas) (United States v. The Netherlands)*, Award of 4 April 1928, Vol. II RIAA.

1.5. Corte Permanente de Justicia Internacional

PCIJ, *Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)*, Judgment of 7 September 1927, Series A - No. 10.

PCIJ, *Status of the Eastern Carelia*, Advisory Opinion of 23 July 1923, Series B - No. 5.

1.6. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal de Justicia, *Comisión Europea y otros/Yassin Abdullah Kadi*, Sentencia de la Gran Sala de 18 de julio de 2013 (Asuntos acumulados C-584/10, C-593/10 P, C-595/10 P).

Tribunal General, *Kadi/Comisión*, Sentencia de 30 de septiembre de 2010 (Asunto T-85/09).

Tribunal de Primera Instancia, *Yassin Abdullah Kadi v. Consejo y Comisión*, Sentencia de 21 de septiembre de 2005 (Asunto T-315/01).

1.7. Tribunal Especial para Sierra Leona

SCSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Appeals Chamber, “Decision on Immunity from Jurisdiction”, Decision of 31 May 2004 (Case No. SCSL-2003-01-I).

1.8. Tribunal Militar Internacional de Núremberg

IMT, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg*, 14 November 1945 – 1 October 1946, Judgment of 1 October 1946, Nuremberg, 1947, Vol. I, p. 223.

1.9. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

ICTY, *Prosecutor v. Milutinović, Ojdanić and Šainović*, Trial Chamber III, “Decision on Motion Challenging Jurisdiction”, 6 May 2003 (Case No. IT-99-37-PT).

ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Trial Chamber, “Decision on Preliminary Motions”, Decision of 8 November 2001 (Case No. IT-02-54).

ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Chamber, Judgment of 2 August 2001 (Case No. IT-98-33-T).

ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Appeals Chamber, Judgment of 5 July 2001 (Case No. IT-95-10-A).

ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Trial Chamber, Judgment of 14 January 2000 (Case No. IT-95-16-T).

ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Trial Chamber, Judgement of 14 December 1999 (Case No. IT-95-10-T).

ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Chamber, Judgement of 15 July 1999 (Case No. IT-95-1-A).

ICTY, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Office of the Prosecutor, "Indictment", Initial Indictment of 22 May 1999 (Case No. IT-99-37).

ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Trial Chamber, Judgement of 10 December 1998 (Case No. IT-95-17/1-T).

ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Appeals Chamber, "Judgment on the Request of The Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997", Judgement of 29 October 1997 (Case No. IT-95-14-AR108bis).

ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Chamber, "Decision on the objection of the Republic of Croatia to the issuance of *subpoenae duces tecum*", Decision of 18 July 1997 (Case No. IT-95-14-PT).

ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Trial Chamber, Opinion and Judgement of 7 May 1997 (Case No. IT-94-1-T).

ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Appeals Chamber, "Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction", Judgement of 2 October 1995 (Case No. IT-94-1-T).

ICTY, *Prosecutor v. Karadžić*, Trial Chamber, "Decision on the Bosnian Serb Leadership Deferral Proposal", Decision of 16 May 1995 (Case No. IT-95-5-D).

1.10. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

ICTR, *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Appeals Chamber, Judgement of 28 November 2007 (Case No. ICTR-99-52-A).

ICTR, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Judgement and Sentence of 4 September 1998 (Case No. ICTR-97-23-S).

ICTR, *Prosecutor v. Joseph Kanyabashi*, Trial Chamber 2, “Decision on the Defence Motion on Jurisdiction”, Decision of 18 June 1997 (Case No. ICTR-96-15-T).

2. NACIONAL

2.1. Alemania

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, Sala Segunda de lo Penal, *Re Honecker*, Sentencia de 14 de diciembre de 1984 [No. 2 ARs 252/84].

2.2. Bélgica

COUR DE CASSATION, *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, Arrêt contre la décision relative à l’action publique exercée à charge du défendeur Ariel Sharon, Amos Yaron et autres, du 12 février 2003 [No. P.02.1139.F].

2.3. España

AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado de Instrucción No. 4, asunto *Paul Kagame*, Auto de procesamiento de 6 de febrero de 2008.

AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, asunto *Fidel Castro*, Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 13 de diciembre de 2007.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN No. 1, Autos de 25 de octubre de 1999 y de 15 de junio de 2001.

AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 4 de marzo de 1999.

AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Penal, asunto *Rey de Marruecos*, Auto de 23 de diciembre de 1998.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN No. 2, Auto de 1 de diciembre de 1998.

AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado de Instrucción No. 5, asunto *Pinochet*, Auto de Solicitud de extradición de 3 de noviembre de 1998.

2.4. Francia

COUR D'APPEL DE PARIS, Deuxième chambre d'instruction, Pôle 7, Arrêt du 13 juin 2013.

COUR DE CASSATION, Chambre d'instruction, *Association fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "Fenvac SOS catastrophe", Association des familles des victimes du Joola et al.*, Arrêt du 16 juin 2009, confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 2010.

COUR DE CASSATION, Chambre criminelle, *affaire Kadhafi*, Arrêt n° 1414 du 13 mars 2001 [*Bulletin criminel* 2001 N° 64, p. 218].

COUR D'APPEL DE PARIS, Chambre d'accusation, *affaire Kadhafi*, Arrêt du 20 octobre 2000.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour Pénale Internationale, signé à Rome le 18 juillet 1998*, *Journal officiel* du 24 janvier 1999, p. 1317, Recueil, p. 29.

2.5. Reino Unido

HIGH COURT OF JUSTICE QUEEN'S BENCH DIVISION, Administrative Court, *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court*, Judgment of 29 July 2011 [2011] EWHC 2029 (Admin).

HOUSE OF LORDS, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent); Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) (Pinochet No. 3)*, Judgment of 24 March 1999 [1999] UKHL 17.

QUEEN'S BENCH DIVISION, *Mighell v. Sultan of Johore*, 1893 [UK, *Queen's Bench Reports*, Vol. I, London, 1894, p. 149].

QUEEN'S BENCH DIVISION, *Wadsworth v. Queen of Spain and De Haber v. Queen of Portugal*, 1851 [UK, *Queen's Bench Reports*, Vol. XVII, London, 1855, p. 171].

2.6. Sierra Leona

SPECIAL COURT OF SIERRA LEONE, *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, Judgment of 14 October 2005 [SC No. 1/2003].

2.7. Sudáfrica

HIGH COURT OF SOUTH AFRICA, *Democratic Alliance v. Minister of International Relations and Cooperation and Others* [Case No. 83145/2016 of 22 February 2017].

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, *National Commissioner of The South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another* (CCT 02/14) [2014] ZACC 30.

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, *Glenister v. President of the Republic of South Africa and Others* (CCT 48/10) [2011] ZACC 6.

2.8. Suiza

TRIBUNAL PENAL FEDERAL, *Nezzar*, Sentencia de 25 de julio de 2012 [BB.2011-140].

III. LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1. Canadá

Crimes Against Humanity and War Crimes Act/Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, 29th June 2000 [S.C. 2000, c. 24].

3.2. Colombia

Decreto No. 2764 de 2002, por el cual se promulga el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Diario Oficial*, No. 45015, de 30 de noviembre de 2002.

3.3. Costa de Marfil

Confirmation de la Déclaration de reconnaissance, 14 décembre 2010.

Déclaration de reconnaissance de la Compétence de la Cour Pénale Internationale, 18 avril 2003.

3.4. España

Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, de *Privilegios e Inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España* [BOE, núm. 258, de 28 de octubre de 2015].

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de *Tratados y otros Acuerdos Internacionales* [BOE, núm. 288, de 28 de noviembre de 2014].

Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de *Cooperación con la Corte Penal Internacional* [BOE, núm. 296, de 11 de diciembre de 2003].

Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, *por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional* [BOE, núm. 239, de 5 de octubre de 2000].

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal* [BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995].

Instrumento de Adhesión a la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos [BOE, núm. 33, de 7 de febrero de 1986].

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del *Poder Judicial* [BOE, núm. 157, de 2 de julio de 1985].

Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982 [BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1982].

Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre *Mar Territorial* [BOE, núm. 7, de 8 de enero de 1977].

Real Decreto de 24 de julio de 1889, del *Código Civil* [BOE, núm. 206, de 25 de julio de 1889].

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, sobre la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* [Gaceta de Madrid, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882].

3.5. Estados Unidos de América

U.S. Congressional Findings 22 U.S. Code § 7421, August 2, 2002 [Public Law 107-206, Title II, § 2002, Aug. 2, 2002, 116 Stat. 899].

U.S. Department of State, Bureau of Political-Military Affairs, *International Criminal Court*, Fact Sheet, August 2, 2002.

United States Government informal comments on extradition/surrender approach of ILC draft of a statute for an international criminal court, July 14, 1995.

3.6. Francia

Constitution de la République française, du 4 octobre 1958.

3.7. Palestina

State of Palestine, *Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 31 December 2014.

Palestinian National Authority, *Declaration recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 21 January 2009.

3.8. Sudáfrica

Declaratory statement by the Republic of South Africa on the decision to withdraw from the Rome Statute of the International Criminal Court, 19 October 2016, UN Doc. C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10.

Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act Repeal Bill [Government Gazette No. 40403 of 3 November 2016].

Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 27 of 2002, 12 July 2002 [Government Gazette No. 23761 of 16 August 2002].

Constitution of the Republic of South Africa, 18 December 1996 [No. 108 of 1996].

3.9. Ucrania

Second declaration pursuant to article 12(3) of the Rome Statute, 8 September 2015.

Declaration recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court, 9 April 2014.

IV. TRATADOS INTERNACIONALES CITADOS

Security and Defense Cooperation Agreement between the United States of America and the Islamic Republic of Afghanistan, 30 September 2014.

Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO Personnel Conducting Mutually Agreed NATO-Led Activities in Afghanistan, 30 September 2014.

Protocolo de la Unión Africana sobre las Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, de 27 de junio de 2014.

Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Trabajo Marítimo, de 23 de febrero de 2006.

Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo, de 16 de mayo de 2005.

Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, de 7 de septiembre de 2004.

Agreement regarding the Status of United States Military and Civilian Personnel of the U.S. Department of Defense present in Afghanistan in connection with Cooperative Efforts in Response to Terrorism, Humanitarian and Civic Assistance, Military Training and Exercises, and Other Activities, exchanges of notes September 26 and December 12, 2002, and May 28, 2003.

Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Azerbaijan regarding the surrender of persons to the International Criminal Court, 26 February 2003.

Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del Establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona, de 16 de enero de 2002.

Acta Constitutiva de la Unión Africana, de 7 de noviembre de 2000.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998.

Rome Statute of the International Criminal Court, of 17 July 1998.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998.

Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, de 10 de septiembre de 1996.

The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, initiated in Dayton on 21 November 1995 and signed in Paris on 14 December 1995.

Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, de 4 de diciembre de 1989.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, de 10 de diciembre de 1984.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977.

Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, de 14 de marzo de 1975.

Convención Europea relativa a la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 25 de enero de 1974.

Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973.

Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973.

Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 23 de septiembre de 1971.

Convención sobre las Misiones Especiales, de 8 de diciembre de 1969.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 26 de noviembre de 1968.

Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, de 19 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961.

Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, de 29 de abril de 1958.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949.

II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949.

III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949.

IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949.

Tratado del Atlántico Norte, de 4 de abril de 1949.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948.

Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946.

Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, de 19 de enero de 1946.

Acuerdo para el Enjuiciamiento y Castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje europeo, de 8 de agosto de 1945.

Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.

Convenio sobre Aviación Civil Internacional, de 7 de diciembre de 1944.

Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados, de 26 de diciembre de 1933.

Tratado de Renuncia a la Guerra – Pacto Briand-Kellogg, de 27 de agosto de 1928.

Convención Interamericana sobre Tratados, de 20 de febrero de 1928.

Convención sobre la Esclavitud, de 25 de septiembre de 1926.

Tratado de Paz con Alemania – Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919.

Pacto de la Sociedad de Naciones, de 28 de junio de 1919.

IV Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 18 de octubre de 1907.

V. RESOLUCIONES DE NACIONES UNIDAS

5.1. Resoluciones del Consejo de Seguridad

CSNU, Proyecto de Resolución 186 (2019), de 28 de febrero, UN Doc. S/2019/186.

CSNU, *Informes del Secretario General sobre el Sudán y Sudán del Sur*, de 12 de diciembre de 2014, UN Doc. S/PV.7337.

CSNU, Proyecto de Resolución 348 (2014), de 24 de mayo, UN Doc. S/2014/348.

CSNU, *Acta Literal del Consejo de Seguridad*, UN Doc. S/PV.7180.

CSNU, Resolución 2139 (2014), de 22 de febrero, UN Doc. S/RES/2139 (2014).

CSNU, *Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano*, de 15 de noviembre de 2006, UN Doc. S/2006/893.

CSNU, Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero, UN Doc. S/RES/1970 (2011).

CSNU, Resolución 1966 (2010), de 22 de diciembre, UN Doc. S/RES/1966 (2010).

CSNU, Resolución 1664 (2006), de 29 de marzo, UN Doc. S/RES/1664 (2006).

CSNU, Resolución 1593 (2005), de 31 de marzo, UN Doc. S/RES/1593 (2005).

CSNU, *Carta de fecha 31 de enero de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General (S/2005/60)*, UN Doc. S/PV.5158.

CSNU, Resolución 1497 (2003), de 1 de agosto, UN Doc. S/RES/1497 (2003).

CSNU, *Carta de fecha 29 de julio de 2003 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General (S/2003/769)*, UN Doc. S/PV.4803.

CSNU, Resolución 1487 (2003), de 12 de junio, UN Doc. S/RES/1487 (2003).

CSNU, *Carta de fecha 6 de junio de 2003 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por los Representantes Permanentes de Canadá, Jordania, Liechtenstein, Nueva Zelandia y Suiza ante las Naciones Unidas (S/2003/620)*, UN Doc. S/PV.4772.

CSNU, Resolución 1422 (2002), de 12 de julio, UN Doc. S/RES/1422 (2002).

CSNU, Resolución 1373 (2001), de 28 de septiembre, UN Doc. S/RES/1373 (2001).

CSNU, Resolución 1333 (2000), de 19 de diciembre, UN Doc. S/RES/1333 (2000).

CSNU, Resolución 1325 (2000), de 31 de octubre, UN Doc. S/RES/1325 (2000).

CSNU, Resolución 1315 (2000), de 14 de agosto, UN Doc. S/RES/1315 (2000).

CSNU, Resolución 986 (1995), de 14 de abril, UN Doc. S/RES/986 (1995).

CSNU, Resolución 981 (1995), de 31 de marzo, UN Doc. S/RES/981 (1995).

CSNU, Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, UN Doc. S/RES/955 (1994).

CSNU, *La situación en Rwanda. Establecimiento de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y por ciudadanos de Rwanda en los Estados vecinos*, UN Doc. S/PV.3453.

CSNU, Resolución 836 (1993), de 4 de junio, UN Doc. S/RES/836 (1993).

CSNU, Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, UN Doc. S/RES/827 (1993).

CSNU, Resolución 819 (1993), de 16 de abril, UN Doc. S/RES/819 (1993).

CSNU, Resolución 748 (1992), de 31 de marzo, UN Doc. S/RES/748 (1992).

CSNU, Resolución 678 (1990), de 29 de noviembre, UN Doc. S/RES/678 (1990).

CSNU, Resolución 660 (1990), de 2 de agosto, UN Doc. S/RES/660 (1990).

CSNU, Resolución 611 (1988), de 25 de abril, UN Doc. S/RES/611 (1988).

CSNU, Resolución 598 (1987), de 20 de julio, UN Doc. S/RES/598 (1987).

CSNU, Resolución 577 (1985), de 6 de diciembre, UN Doc. S/RES/577 (1985).

CSNU, Resolución 573 (1985), de 4 de octubre, UN Doc. S/RES/573 (1985).

CSNU, Resolución 571 (1985), de 20 de septiembre, UN Doc. S/RES/571 (1985).

CSNU, Resolución 568 (1985), de 21 de junio, UN Doc. S/RES/568 (1985).

CSNU, Resolución 550 (1984), de 11 de mayo, UN Doc. S/RES/550 (1984).

CSNU, Resolución 546 (1984), de 6 de enero, UN Doc. S/RES/546 (1984).

CSNU, Resolución 541 (1983), de 18 de noviembre, UN Doc. S/RES/541 (1983).

CSNU, Resolución 527 (1982), de 15 de diciembre, UN Doc. S/RES/527 (1982).

CSNU, Resolución 502 (1982), de 3 de abril, UN Doc. S/RES/502 (1982).

CSNU, Resolución 445 (1979), de 8 de marzo, UN Doc. S/RES/445 (1979).

CSNU, Resolución 428 (1978), de 6 de mayo, UN Doc. S/RES/428 (1978).

CSNU, Resolución 424 (1978), de 17 de marzo, UN Doc. S/RES/424 (1978).

CSNU, Resolución 418 (1977), de 4 de noviembre, UN Doc. S/RES/418 (1977).

CSNU, Resolución 411 (1977), de 30 de junio, UN Doc. S/RES/411 (1977).

CSNU, Resolución 393 (1976), de 30 de julio, UN Doc. S/RES/393 (1976).

CSNU, Resolución 387 (1976), de 31 de marzo, UN Doc. S/RES/387 (1976).

CSNU, Resolución 386 (1976), de 17 de marzo, UN Doc. S/RES/386 (1976).

CSNU, Resolución 232 (1966), de 16 de diciembre, UN Doc. S/RES/232 (1966).

CSNU, Resolución 82-V (1950), de 25 de junio, UN Doc. S/RES/82 (1950).

5.2. Resoluciones de la Asamblea General

AGNU, Carta de fecha 9 de julio de 2018 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Kenia ante las Naciones Unidas, Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias de las obligaciones jurídicas que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes del derecho internacional con respecto a las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno y otros altos funcionarios, UN Doc. A/73/144, Anexo.

AGNU, Informe del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011, de 13 de febrero de 2019, UN Doc. A/73/741.

AGNU, Resolución 71/248, de 21 diciembre de 2016, UN Doc. A/RES/71/248.

AGNU, Resolución 67/19, de 29 de noviembre de 2012, UN Doc. A/RES/67/19.

AGNU, Resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, UN Doc. A/RES/62/66.

AGNU, Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, UN Doc. A/RES/56/83.

AGNU, Acta Literal, Quincuagésimo sexto período de sesiones, 25ª sesión plenaria, lunes 15 de octubre de 2001, a las 10.00 horas, Nueva York, UN Doc. A/56/PV.25.

AGNU, Resolución 51/207, de 17 de diciembre de 1996, UN Doc. A/RES/51/207.

AGNU, Resolución 50/245, de 17 de septiembre de 1996, UN Doc. A/RES/50/245.

AGNU, Resolución 50/46, de 18 de diciembre de 1995, UN Doc. A/RES/50/46.

AGNU, Resolución 44/34, de 4 de diciembre de 1989, UN Doc. A/RES/44/34.

AGNU, Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, UN Doc. A/RES/39/46.

AGNU, Resolución 36/103, de 9 de diciembre de 1981, UN Doc. A/RES/36/103.

AGNU, Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, UN Doc. A/RES/3314(XXIX).

AGNU, Resolución 3166 (XXVIII), de 14 de diciembre de 1973, UN Doc. A/RES/3166(XXVIII).

AGNU, Resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, UN Doc. A/RES/3068(XXVIII).

AGNU, Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, UN Doc. A/RES/2625(XXV).

AGNU, Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, UN Doc. A/RES/2391(XXIII).

AGNU, Resolución 2222 (XXI), de 19 de diciembre de 1966, UN Doc. A/RES/2222(XXI).

AGNU, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, UN Doc. A/RES/2200(XXI).

AGNU, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, UN Doc. A/RES/2200(XXI).

AGNU, Resolución 2131 (XX), de 21 de diciembre de 1965, UN Doc. A/RES/2131(XX).

AGNU, Resolución 488 (V), de 12 de diciembre de 1950, UN Doc. A/RES/488(V).

AGNU, Resolución 377 (V), de 3 de noviembre de 1950, UN Doc. A/RES/377(V).

AGNU, Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, UN Doc. A/RES/217(III).

AGNU, Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, UN Doc. A/RES/260(III).

UNGA, Sixth Committee, 3rd Session, *Official Records of Eighty-first meeting, held at Palais de Chaillot, Paris, on Friday, 22 October 1948*, UN Doc. A/C.6/SR.81.

AGNU, Resolución 181 (II), de 29 noviembre de 1947, UN Doc. A/RES/181(II).

AGNU, Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, UN Doc. A/RES/177(II).

AGNU, Resolución 174 (II), de 21 de noviembre de 1947, UN Doc. A/RES/174(II).

AGNU, Resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, UN Doc. A/RES/95(I).

VI. DOCUMENTACIÓN

6.1. Comisión de Derecho Internacional

CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 71º período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/74/10).

CDI, *Séptimo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 71º período de sesiones, Ginebra, 29 de abril a 7 de junio de 2019 y 8 de julio a 9 de agosto de 2019*, UN Doc. A/CN.4/729.

CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/73/10).

CDI, *Sexto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 70º período de sesiones, Nueva York, 30 de abril a 1 de junio de 2018 Ginebra, 2 de julio a 10 de agosto de 2018*, UN Doc. A/CN.4/722.

CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones (1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/72/10).

CDI, *Crímenes de lesa humanidad. Texto y título del proyecto de preámbulo, los proyectos de artículo y el proyecto de anexo aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en primera lectura, Comisión de Derecho Internacional, 69º período de sesiones, Ginebra, 1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017*, UN Doc. A/CN.4/L.892.

CDI, *Tercer informe sobre los crímenes de lesa humanidad presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial, 69º período de sesiones, Ginebra, 1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017*, UN Doc. A/CN.4/704*.

- CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 68º período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/71/10).
- CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 67º período de sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2015)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/70/10).
- CDI, *Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 68º período de sesiones, 2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016*, UN Doc. A/CN.4/701.
- CDI, *Cuarto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 67º período de sesiones, Ginebra, 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2015*, UN Doc. A/CN.4/686.
- CDI, *Tercer informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 66º período de sesiones, Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014*, UN Doc. A/CN.4/673.
- CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones (6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013)*, UN Doc. Suplemento No. 10 (A/68/10).
- CDI, *Segundo informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado preparado por Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, 65º período de sesiones, Ginebra, 6 de mayo a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2013*, UN Doc. A/CN.4/661.
- CDI, *Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado preparado por la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, Ginebra, 7 de mayo a 1 de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012*, UN Doc. A/CN.4/654.

- CDI, *Informe preliminar sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado* preparado por el Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Relator Especial, 60º período de sesiones, Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008, UN Doc. A/CN.4/601.
- CDI, *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Memorando de la Secretaría*, 60º período de sesiones, Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008, UN Doc. A/CN.4/596.
- CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 58º período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), UN Doc. Suplemento No. 10 (A/61/10).
- CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones* (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), UN Doc. Suplemento (A/56/10).
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. II, Segunda Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1(Part 2).
- CDI, *Primer informe sobre la responsabilidad de los Estados*, del Sr. James Crawford, Relator Especial, 50º período de sesiones, UN Doc. A/CN.4/490 y Add.1 a 7*.
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996*, Vol. II, Segunda Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(Part 2).
- CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones* (6 de mayo-26 de julio de 1996), UN Doc. Suplemento (A/51/10).
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994*, Vol. I, Actas resumidas de las sesiones del cuadragésimo sexto período de sesiones 2 de mayo-22 de julio de 1994, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1994.
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1994*, Vol. II, Primera Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1994/Add 1(Part 1).

- CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994)*, UN Doc. Suplemento (A/49/10).
- CDI, *Sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial, 46º periodo de sesiones*, UN Doc. A/CN.4/461 y Add.l a 3*.
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1993*, Vol. II, Segunda Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1993/Add.l(Part 2).
- CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45º período de sesiones (3 de mayo-23 de julio de 1993)*, UN Doc. Suplemento (A/48/10).
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1980*, Vol. II, Primera Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1980/Add.l.
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II, Segunda Parte, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1976/Add.l(Part 2).
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1972*, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1972/Add.1.
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1.
- CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones, Ginebra, 4 de mayo a 19 de julio de 1966*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1.
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1963*, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/156 y Add.1-3.
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1958*, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1958/Add.l.
- CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1957*, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1957/Add.l.

CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1956*, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1.

ILC, *Yearbook of the International Law Commission 1954*, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1954/Add.1.

ILC, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1950/Add.1.

6.2. Consejo de Europa

Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1336 (2003), *Threats to the International Criminal Court*, adopted by the Assembly on 25 June 2003 (20th Sitting) [Doc. 9844, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr. Marty].

6.3. Corte Penal Internacional

ICC, "Statement of the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court as delivered at the press conference in Dhaka, Bangladesh", *Press Release*, 18 July 2019.

ICC, "ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, requests judicial authorisation to commence an investigation into the situation in Bangladesh/Myanmar", *Press Release*, 4 July 2019, ICC-OTP-20190704-PR1465.

ICC, Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examination Activities-Iraq/UK*, 5 December 2018.

CPI, *Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la remisión por parte de un grupo de seis Estados Partes en relación con la situación en Venezuela*, de 27 de septiembre de 2018.

CPI, *Declaración Conjunta de Remisión de la Situación en Venezuela a la Corte Penal Internacional*, de 25 de septiembre de 2018, firmada por los Gobiernos de Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Paraguay y Perú.

ICC, “Statement on The Philippines’ notice of withdrawal: State participation in Rome Statute system essential to international rule of law”, *Press Release*, 20 March 2018, ICC-CPI-20180320-PR1371.

CPI, *Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la apertura de exámenes preliminares en Filipinas y Venezuela*, de 8 de febrero de 2018.

CPI, *Declaración de No Aceptación de la República de Guatemala a la Competencia de la Corte Penal Internacional respecto al Crimen de Agresión, Artículos 5, 12, 15bis.4, 121.5 del Estatuto de Roma*, de 2 de febrero de 2018.

CPI, Asamblea de los Estados Partes, Resolución ICC-ASP/16/Res.5, *Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión*, adoptada por consenso en la decimotercera sesión plenaria, el 14 de diciembre de 2017, ICC-ASP/16/20.

ICC, Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examination Activities*, 4 December 2017.

ICC, Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examination Activities*, 14 November 2016.

ICC, Assembly of States Parties, “Statement of the President of the Assembly of States Parties on the process of withdrawal from the Rome Statute by Burundi”, *Press Release*, 18 October 2016, ICC-CPI-20161014-PR1244.

CPI, Asamblea de los Estados Partes, “El Estado de Palestina, trigésimo Estado que ratifica las enmiendas de Kampala sobre el crimen de agresión”, *Boletín de prensa*, de 29 de junio de 2016, ICC-ASP-20160629-PR1225.

CPI, *Declaración, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 15 bis del Estatuto de Roma, a efectos de no aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión*, de 30 de noviembre de 2015.

CPI, Asamblea de los Estados Partes, Resolución ICC-ASP/14/Res.2, *Resolución sobre el artículo 124*, aprobada por consenso en la undécima sesión plenaria el 26 de noviembre de 2015.

CPI, Asamblea de los Estados Partes, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Enmiendas, Decimocuarto período de sesiones, La Haya, 18 a 26 de noviembre de 2015*, ICC-ASP/14/34.

ICC, “The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine”, *Press Release*, 16 January 2015, ICC-OTP-20150116-PR1083.

ICC, *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda: “The Public Deserves to know the Truth about the ICC’s Jurisdiction over Palestine”*, 2 September 2014.

CPI, Fiscalía, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre de 2013.

ICC, Office of the Prosecutor, *Situation in Palestine*, 3 April 2012.

CPI, Asamblea de los Estados Partes, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Enmiendas, Décimo período de sesiones, Nueva York, 12 a 21 de diciembre de 2011*, ICC-ASP/10/32.

ICC, Office of the Prosecutor, *Annex to Decision Assigning the Situation in the Libyan Arab Jamahiriya to Pre-Trial Chamber I*, 4 March 2011, ICC-01/11-1-Anx.

CPI, *Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010*, RC/11, Parte II, RC/Res.4.

CPI, Asamblea de los Estados Partes, Resolución RC/Res.6, *El crimen de agresión*, aprobada por consenso en la 13ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010.

CPI, Asamblea de los Estados Partes, Resolución RC/Res.4, *Artículo 124*, aprobada por consenso en la 11ª sesión plenaria el 10 de junio de 2010.

ICC, Office of the Prosecutor, *Situation in Palestine, Summary of submissions on whether the declaration lodged by the Palestinian National Authority meets statutory requirements*, 3 May 2010.

ICC, Office of the Prosecutor, *Regulations of the Office of the Prosecutor*, 23 April 2009, ICC-BD/05-01-09.

ICC, Office of the Prosecutor, *Office of the Prosecutor response to communications received concerning Iraq*, 9 February 2006.

CPI, Asamblea de los Estados Partes, Resolución ICC-ASP/3/Res.1, *Texto negociado del proyecto de Acuerdo de relación entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas*, aprobada por consenso en la tercera sesión plenaria, celebrada el 7 de septiembre de 2004.

CPI, Asamblea de los Estados Partes, *Reglas de Procedimiento y Prueba, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002*, ICC-ASP/1/3, Parte II.A.

6.4. Organización de las Naciones Unidas

6.4.1. Comité de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, Comentario general No. 26 (61), sobre las *Cuestiones relacionadas con la continuidad de las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 8 de diciembre de 1997, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1.

6.4.2. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados

Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969, UN Doc. A/CONF.39/11/Add.2.

Official Records, United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March 1967-24 May 1968, UN Doc. A/CONF.39/11.

6.4.3. Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional

Comisión Preparatoria, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba relativas a la Parte 9 del Estatuto*, Nueva York, 13 a 31 de marzo de 2000, 12 a 30 de junio de 2000, 27 de noviembre a 8 de diciembre de 2000, UN Doc. PCNICC/2000/WGRPE/L.14/Add.2.

Comisión Preparatoria, *Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional*, Nueva York, 13 a 31 de marzo de 2000, 12 a 30 de junio de 2000, *Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes*, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2.

Comisión Preparatoria, *Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional*, Nueva York, 13 a 31 de marzo de 2000, 12 a 30 de junio de 2000, *Propuesta presentada por los Estados Unidos de América sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba relativa a la Parte IX del Estatuto, que trata de la cooperación internacional y la asistencia judicial*, *Proyecto de regla relativa al artículo 98*, UN Doc. PCNICC/2000/WGRPE(9)/DP.4.

Comisión Preparatoria, *Grupo de Trabajo sobre las Reglas de Procedimiento y Prueba relativas a las Partes IX y X del Estatuto*, Nueva York, 16 a 26 de febrero de 1999, 26 de julio a 13 de agosto de 1999, 29 de noviembre a 17 de diciembre de 1999, *Documento de debate presentado por el Coordinador respecto de la Parte IX (Cooperación internacional y asistencia judicial)*, UN Doc. PCNICC/1999/WGRPE(9)/RT.2.

Conferencia Diplomática, *Acta Resumida de la Novena Sesión Plenaria celebrada en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación*, el viernes 17 de julio de 1998, a las 22.30 horas, UN Doc. A/CONF.183/SR.9.

Comisión Plenaria, *Acta Resumida de la Novena Sesión celebrada en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación*, el lunes 22 de junio de 1998, a las 10.00 horas, UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.9.

Comisión Plenaria, *Acta Resumida de la Octava Sesión Plenaria celebrada en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, el viernes 19 de junio de 1998, a las 15.00 horas*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.8.

Comisión Plenaria, *Acta Resumida de la Segunda Sesión celebrada en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, el martes 16 de junio de 1998, a las 15.00 horas*, A/CONF.183/C.1/SR.2.

Committee of the Whole, *Official Records, Volume II, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 2nd Plenary Meeting, Monday, 15 June 1998, at 3.10 p.m.*, UN Doc. A/CONF.183/13 (Vol.II).

Conferencia Diplomática, *Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el 17 de julio de 1998*, UN Doc. A/CONF.183/10*.

Conferencia Diplomática, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, de 17 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/9.

Comisión Plenaria, *Enmiendas al documento A/CONF.183/C.1/L.76/Add.2 propuestas por La India*, de 17 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.95.

Comisión Plenaria, *Propuesta presentada por los Estados Unidos de América, Artículo 7 ter*, de 16 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.90.

Comisión Plenaria, *Enmienda presentada por México al Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional*, de 15 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.81.

Comisión Plenaria, *Propuesta presentada por los Estados Unidos de América, Artículo 7*, de 14 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.70.

Comisión Plenaria, *Propuesta de la Mesa sobre la Parte II. De la Competencia, la Admisibilidad y el Derecho aplicable*, de 9 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.59 y Corrección en A/CONF.183/C.1/L.59/Corr.1.

Mesa de la Conferencia Diplomática, *Documento de debate*, de 6 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.53.

Comité Preparatorio, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998, de 14 de abril de 1998, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1.

Comité Preparatorio, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Volumen II, Compilación de propuestas, Asamblea General Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 22A (A/51/22)*, UN Doc. A/51/22[VOL.II].

Comité Preparatorio, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Volumen I, Actuaciones del Comité Preparatorio en los períodos de sesiones de marzo y abril y de agosto de 1996, Asamblea General Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/51/22)*, UN Doc. A/51/22[VOL.I].

Comité Especial, *Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Asamblea General Documentos Oficiales, Quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 22 (A/50/22)*, UN Doc. A/50/22(SUPP).

6.5. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

UNESCO, Conferencia General, *Actas de la Conferencia General, 36ª reunión, París, 25 de octubre - 10 de noviembre de 2011*, UNESCO Doc. Resolución No. 76.

UNESCO, Consejo Ejecutivo, *Decisiones adoptadas por el Consejo Ejecutivo en su 187ª reunión, París, 21 de septiembre - 6 de octubre de 2011*, UNESCO Doc. 187 EX/Decisiones.

6.6. Organización Internacional del Trabajo

OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, sobre la adopción del *Convenio sobre el Trabajo Marítimo* en su 94ª reunión el 23 de febrero de 2006.

6.7. Unión Africana

AU, Assembly of Heads of State and Government, “Decision on the International Criminal Court - Doc. EX.CL/1068(XXXII)”, 30th Ordinary Session of the Assembly, 28-29 January 2018, Addis Ababa, Ethiopia, AU Doc. Assembly/AU/Dec.672 (XXX).

AU, Assembly of Heads of State and Government, “Decision on the International Criminal Court - Doc. EX.CL/1006(XXX)”, 28th Ordinary Session of the Assembly, 30-31 January 2017, Addis Ababa, Ethiopia, AU Doc. Assembly/AU/Draft/Dec.1(XXVIII)Rev.2.

AU, Assembly of Heads of State and Government, “Decision on the Draft Legal Instruments Doc. Assembly/AU/8(XXIII)”, 23rd Ordinary Session of the Assembly, 27 June 2014, Malabo, Equatorial Guinea, AU Doc. Assembly/AU/Dec.529(XXIII).

AU, Assembly of Heads of State and Government, “Decision on Africa’s Relationship with the International Criminal Court (ICC)”, Extraordinary Session of the Assembly of the African Union, 12 October 2013, Addis Ababa, Ethiopia, AU Doc. Ext/Assembly/AU/Dec.1(Oct.2013).

AU, Assembly of Heads of State and Government, “Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)”, 13th Ordinary Session of the Assembly, 3 July 2009, Sirte, Great Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya, AU Doc. Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1.

AU, Commission on Human and Peoples’ Rights, *Resolution on the Deteriorating Human Rights Situation in the Republic of The Gambia*, Resolution No. ACHPR/Res. Doc. 145(VII)2009, 7th Extraordinary Session held in Dakar, Senegal, from 5 to 11 October 2009.

AU, Commission on Human and Peoples’ Rights, *Resolution on the Human Rights Situation in the Republic of The Gambia*, Resolution No. ACHPR/Res. Doc. 134(XXXXIV)2008, 44th Ordinary Session held in Abuja, Nigeria, from 10 to 24 November 2008.

6.8. Unión Europea

Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo sobre Gambia*, de 11 de mayo de 2016 [2016/2693(RSP)].

Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Corte Penal Internacional (CPI)*, de 26 de septiembre de 2002 [P5_TA(2002)0449].

European Commission, Internal Opinion of the Legal Service of the Commission 158 (2002), *Effective Functioning of the International Criminal Court (ICC) Undermined by Bilateral Immunity Agreements as Proposed by the U.S.*

6.9. Otros documentos

6.9.1. Comunicados de prensa

ICTY, "President McDonald Reports the continued Non-Cooperation by the Federal Republic of Yugoslavia to the Security Council", *Press Release*, 18 March 1999 [JL/PIU/386-E].

ICTY, "Press Statement from the Prosecutor regarding Kosovo Investigation", *Press Release*, 20 January 1999 [CC/PIU/379-E].

ICTY, "Judge Gabrielle Kirk McDonald, President of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia addresses the United Nations Security Council", *Press Release*, 8 December 1998 [JL/PIU/371-E].

ICTY, "Letter from President McDonald to the President of the Security Council", *Press Release*, 22 October 1998 [JL/PIU/356-E].

ICTY, "Statement by the Office of the Prosecutor: The Prosecutor does not accept the refusal by the FRY to allow Kosovo investigations", *Press Release*, 7 October 1998 [CC/PIU/351-E].

6.9.2. Notificaciones al Secretario General de las Naciones Unidas

Depositary Notification Reference: C.N.69.2019.TREATIES-XVIII.10.

Depositary Notification Reference: C.N.138.2018.TREATIES-XVIII.10.

Depositary Notification Reference: C.N.121.2017.TREATIES-XVIII.10.
 Depositary Notification Reference: C.N.62.2017.TREATIES-XVIII.10.
 Depositary Notification Reference: C.N.862.2016.TREATIES-XVIII.10.
 Depositary Notification Reference: C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10.
 Depositary Notification Reference: C.N.7.2016.TREATIES-XVIII.10.
 Depositary Notification Reference: C.N.13.2015.TREATIES-XVIII.10.
 Depositary Notification Reference: C.N.530.2011.TREATIES-3.
 Depositary Notification Reference: C.N.651.2010.TREATIES-8.
 Depositary Notification Reference: C.N.533.2010.TREATIES-6.
 Depositary Notification Reference: C.N.185.2010.TREATIES-2.
 Depositary Notification Reference: C.N.612.2008.TREATIES-6.
 Depositary Notification Reference: C.N.592.2008.TREATIES-5.
 Depositary Notification Reference: C.N.142.2003.TREATIES-2.
 Depositary Notification Reference: C.N.834.2002.TREATIES-33.
 Depositary Notification Reference: C.N.690.2002.TREATIES-29.
 Depositary Notification Reference: C.N.434.2002.TREATIES-21.
 Depositary Notification Reference: C.N.267.2002.TREATIES-7.
 Depositary Notification Reference: C.N.1062.2000.TREATIES-43.
 Depositary Notification Reference: C.N.1012.2000.TREATIES-41.
 Depositary Notification Reference: C.N.467.1997.TREATIES-10.

6.9.3. *Otra documentación e informes*

AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *Proceedings of the ninety-third Annual Meeting of the American Society of International Law*, March 24-27, 1999.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Los esfuerzos estadounidenses por conseguir impunidad para el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra”, *Informe sobre la Corte Penal Internacional*, de 2 de septiembre de 2002 [IOR 40/025/2002/s].

HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report*, Philippines, 2019.

_____ *World Report, Gambia*, 2016.

_____ *United States Efforts to Undermine the International Criminal Court. Legal Analysis of Impunity Agreements*, September 2002.

ICRC, *Rules of International Humanitarian Law and Other Rules Relating to the Conduct of Hostilities*, E-book, 2005 [Ref. 0467].

IIL, *Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes*, Napoli Session, Vol. 73, 2009.

UNAMA, *Quarterly Report on the Protection of Civilians in Armed Conflict: 1 January to 31 March 2019*, 24 April 2019.

